

DEBORAH ANDRADE DE SOUSA

**ADPF 132 E OS REFLEXOS JURÍDICOS NA UNIÃO
HOMOAFETIVA**

Brasília
2014

DEBORAH ANDRADE DE SOUSA

**ADPF 132 E OS REFLEXOS JURÍDICOS NA UNIÃO
HOMOAfetiva**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Luciano de Medeiros
Alves

Brasília

2014

ANDRADE DE SOUSA, Deborah Andrade de Sousa.

ADPF 132 e os reflexos jurídicos na união homoafetiva.

... fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Professor Luciano de Medeiros Alves

DEBORAH ANDRADE DE SOUSA

ADPF 132 E OS REFLEXOS JURÍDICOS NA UNIÃO HOMOAfetiva

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Luciano de Medeiros
Alves

Brasília, _____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Luciano de Medeiros Alves
Orientador

Examinador

Examinador

Dedico este trabalho à minha irmã Bárbara, meu maior orgulho e amor incondicional, que sempre me impulsiona e não permite que eu desista ou pense menos de mim. Sempre ao meu lado, independente da distância. Com ela aprendi a manter minhas opiniões e ideais, mesmo que contrário à maioria, a sempre fazer diferente, sair do ordinário e tentar o extraordinário.

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus pais, Antônio e Graça, à imensurável dedicação e amor, às brigas necessárias, ao apoio incondicional, por me mostrarem o caminho certo, e me moldarem na pessoa que sou. Sem eles, não estaria aqui.

RESUMO

O presente trabalho visa mostrar a evolução jurídica e doutrinária dos homossexuais no direito brasileiro desde a discriminação dos homossexuais, ao reconhecimento das relações homossexuais como sociedade de fato sendo tratadas pelo Direito das Obrigações, até o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. Tratará sobre a decisão unânime pelo Superior Tribunal Federal ao equiparar as uniões homoafetivas com a união estável heterossexual pelo julgamento da ADI 4277 e ADPF 132. Versará ainda sobre a inércia do Poder Legislativo que mesmo após toda evolução jurídica e doutrinária quanto aos direitos dos homossexuais, manteve-se omissa e não aprovou nenhum dos projetos sobre tal assunto. Apresentará o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual que foi criado com o intuito de assegurar todos os direitos inerentes aos homossexuais, para que estes não mais precisem garantir seus direitos na seara do judiciário.

Palavras chave: Evolução do Direito Brasileiro. Direito de Família. União Estável Homoafetiva. Julgamento ADPF 132. Reconhecimento Casamento Homossexual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ENTIDADES FAMILIARES RECONHECIDAS PELO DIREITO BRASILEIRO ...	11
1.1 Delimitação Conceitual da Família Brasileira	11
1.2 Espécies de Família Constitucionalizada.....	15
1.2.1 Casamento	17
1.2.2 União Estável.....	24
1.2.3 Família Monoparental	29
2 DIVERSIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES.....	32
2.1 Família Anaparental	33
2.2 Família Pluriparental.....	34
2.3 Família Paralela.....	35
2.4 Família Homoafetiva	36
2.4.1 Homossexualidade: primeiro crime, depois doença e finalmente, modo de ser.....	37
2.4.2 Uso por analogia da sociedade de fato	40
3 RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO UNIDADE FAMILIAR E A ADPF 132	49
3.1 Precedentes que sustentaram a necessidade de equiparação da união homossexual à união heterossexual	49
3.2 Julgamento da ADPF 132/2008 e ADIn 4.277/2009.....	55
3.2.1 Reconhecimento do casamento homoafetivo?	58
3.3 Eficácia da Resolução 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça.....	61
3.4 Falta de iniciativa legislativa e os Projetos de Lei	64
3.4.1 Projeto de Lei nº 1.151, de 1995	66
3.4.2 Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual	67
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso visa mostrar a evolução no ordenamento jurídico brasileiro a cerca dos relacionamentos homossexuais, apresentando a fase inicial, quando os casais homossexuais não tinham qualquer segurança jurídica, até recentemente, quando a doutrina e jurisprudência reconheceram a relação homoafetiva como unidade familiar.

Para melhor análise da evolução, esta foi dividida em três fases: i) o não reconhecimento da relação homoafetiva; ii) o uso por analogia da sociedade de fato; e iii) o reconhecimento da relação homoafetiva como unidade familiar. Cada fase tem um conceito distinto de família que mostra a mudança de pensamento da sociedade, então é o conceito de família de cada época que define a situação do homossexual para a doutrina e jurisprudência.

A pesquisa irá buscar pelo método histórico da evolução acerca do fenômeno do reconhecimento das relações homossexuais como entidade familiar, para que seja possível identificar as reais tendências do Estado Contemporâneo em promover uma legislação que venha de fato a proteger esse extrato real da sociedade. Nesse sentido, é subsídio da pesquisa a evolução do tema sob o entendimento da doutrina e artigos específicos, apresentando as direções que a jurisprudência seguiu até reconhecer a união entre casais do mesmo sexo como unidade familiar no julgamento da ADPF 132/2008 e da ADI 4.277/2009.

O trabalho visa analisar e interpretar os princípios fundamentais da liberdade, igualdade e dignidade humana, previstos na Constituição Federal de 1988 buscando evidenciar suas aplicabilidades aos casos em concreto, em seus usos real e efetivo no dia-a-dia. Deste modo, serão abordados também os aspectos sociais mostrando que as uniões homoafetivas existem e fazem jus à tutela jurídica, assegurando aos homossexuais seus direitos, principalmente pelo princípio da igualdade e da dignidade, previsto na Constituição Federal, que fundamenta e indica o caminho a ser percorrido.

O primeiro capítulo que trata das entidades familiares reconhecidas pelo direito brasileiro, apresentará os aspectos históricos da família brasileira e versará sobre o conceito de família e sua evolução desde a Constituição de 1916 até a atual Constituição de 1988 que foi de suma importância para o Direito das Famílias, ao reconhecer outros tipos de

entidades familiares além do casamento, uma grande evolução no Direito Constitucional que durante duas décadas reconhecia apenas o casamento como entidade familiar digna de tutela jurídica.

No segundo capítulo será vista a diversidade de entidades familiares, versará sobre alguns dos distintos tipos de famílias existentes na sociedade, que não são previstos na atual constituição, como as famílias paralela, anaparental, pluriparental, e para garantir os direitos inerentes à elas, buscam guarida no Poder Judiciário.

Tratará da família homoafetiva no início do século XX quando inicialmente tratavam a homossexualidade como doença, e apenas em 1980 foi visto como modo de ser, assim, o entendimento da doutrina e da jurisprudência utilizou por analogia a união homoafetiva como sociedade de fato, apartando tal relação do Direito de Família, com o pensamento de que as relações entre casais do mesmo sexo não tinham vínculo familiar, e desse modo deveriam ser tratadas no âmbito do Direito das Obrigações. Discutirá sobre os conceitos de união estável, união estável homoafetiva, casamento, a proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual, bem como os princípios de inclusão assegurados pela Constituição Federal.

O capítulo final versará sobre o reconhecimento da união homoafetiva como unidade familiar e a ADPF 132. Analisará os precedentes jurídicos e doutrinários que sustentaram a necessidade de equiparação da união homossexual com a união heterossexual, mostrando a evolução da sociedade brasileira e por consequência, do direito brasileiro ao ser reconhecida a união homossexual como unidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal em um decisão histórica, de extrema importância para cessar com as discriminações. Será visto ainda a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça para eficácia da referida decisão do Supremo.

Ao final do presente trabalho será exposta a inércia do Poder Legislativo, que em meio a todo o avanço doutrinário e jurisprudencial acerca dos homossexuais, continua omissa no referido assunto. Exporá os inúmeros projetos de leis para garantia dos direitos homossexuais que estão em trâmite no Congresso durante anos, e até o presente momento não foi julgado. Será exposto o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, uma lei popular para tentar cessar com a inércia e discriminação do Poder Legislativo ante a população homossexual.

1 ENTIDADES FAMILIARES RECONHECIDAS PELO DIREITO BRASILEIRO

Muitos conceitos sobre família foram propostos ao longo do tempo, cada qual adaptado ao momento histórico e político em que se formou, inclusive sob forte influência econômica. Como grupamento cultural ou construção social, apesar da interferência do Estado, uma verdade não pode ser negada: o instituto sempre existiu, até pela necessidade do ser humano de viver em grupo e procriar, desenvolvendo-se além das trincheiras legais do Direito, sendo considerado como *célula mater* da sociedade. A família vive em constante alteração, transformação, adaptando-se às mudanças, mas nunca se extinguindo, enquanto houver vida humana os homens terão família.¹

1.1 Delimitação Conceitual da Família Brasileira

A realidade da sociedade vive em constante evolução, e é um incessante desafio para o legislador acompanhá-la. A família é um agrupamento informal do meio social, cuja estruturação é dada através do direito, assim as leis correspondem ao congelamento de uma determinada época da sociedade, as modificações da realidade naquela sociedade refletem na lei, sempre com seu papel conservador, deste modo, a família regulamentada juridicamente nunca contem os mesmos aspectos da família natural.²

No século XIX, a família era influenciada pelas concepções romana e medieval de família, era patriarcal e indissolúvel, se estruturava em torno do patrimônio familiar por ter como principal finalidade a econômica. O pater famílias era o grande chefe que dispunha de inúmeros poderes, já a mulher exercia as tarefas domésticas garantindo esta estrutura familiar. Assim o entendimento era que a relação homossexual nunca havia sido reconhecida, e com isso o seu reconhecimento era impossível. Para Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros “observa-se um dogmatismo tautológico onde esse não reconhecimento é baseado no próprio fato de a doutrina entender que é impossível o reconhecimento da relação homoafetiva”³. Dogmas são formas pré-estabelecidas que têm a pretensão de solidificar entendimentos, deste modo, os conceitos de casamento e união estável eram consolidados

¹ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A Constitucionalidade do Casamento Homossexual**. São Paulo: LTr, 2008, p. 18.

² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

³ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A Constitucionalidade do Casamento Homossexual**. São Paulo: LTr, 2008, p. 23.

pela doutrina e pela jurisprudência, e estes não entendiam que cabia tutela jurídica para os relacionamentos homoafetivos.⁴

O Código Civil de 1916 regulamentava a família existente no início do século XX que tinha uma realidade limitada, e dispunha como família aquela formada unicamente pelo vínculo matrimonial. Segregando qualquer outra forma de união que não fosse a do casamento, marginalizando inclusive os filhos desta união discriminada. Na segunda metade do século XX, a família se democratizou, a legislação passou por inúmeras alterações, como por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) que promoveu capacidade jurídica plena da mulher, assumindo carreira profissional, tornando-se necessária para manter a família, equiparando-se ao homem, e também a instauração do divórcio (EC 9/1977 e Lei nº 6.515/1977) que exauriu o conceito de indissolubilidade do casamento.⁵

Com todo esse avanço legislativo e jurisprudencial, é notado que o casamento deixou de ser formado necessariamente com finalidade econômica, e passou a ser formado primeiramente pelo vínculo afetivo, principalmente após a Constituição Federal de 1988, que ampliou e modificou inúmeros conceitos, afastando também, discriminações já ultrapassadas.⁶

A Constituição de 88 foi um marco no direito de família ao deixar de prever o casamento como forma *sine qua non* de se constituir uma família, distanciando-se das constituições anteriores que só mencionavam o casamento.⁷ O artigo 124 da constituição de 1937 dispunha que “**A família, constituída pelo casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado”⁸, nesse mesmo parâmetro constituiu-se a carta constitucional de 1946 em seu artigo 163 determinando que “**A família é constituída pelo casamento de vínculo**

⁴ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A Constitucionalidade do Casamento Homossexual**. São Paulo: LTr, 2008, p. 23.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30

⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.5

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.5.

⁸ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 16 maio 2014. (grifo nosso)

indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”⁹, como também a constituição de 1967, no artigo 167 entendia que “**A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”¹⁰, e por fim, a Emenda Constitucional 1/1969 em seu artigo 175 “**A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”¹¹. Em mais de duas décadas onde, indiscutivelmente, ocorreram diversas modificações para crescimento legislativo, o direito constitucional de família permaneceu inerte, assim, o casamento continuou sendo instituto exclusivo para formação desta.¹²

Com o novo texto constitucional o conceito de família por fim foi expandido, deixando assim de ser entendida por família apenas aquela advinda do casamento religioso ou civil. Pelo artigo 226 da Constituição, foram adicionados novas espécies de família, a união estável e a família monoparental.¹³

“A constituição de 1988 promoveu uma verdadeira revolução, no bom e no melhor sentido no direito de Família: estabeleceu a igualdade entre os cônjuges, a igualdade entre os filhos, indicou que a família é a base da sociedade, referiu-se ao casamento e estatuiu que união estável é também entidade familiar, merecendo proteção do Estado.”¹⁴

“(…) no *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução ‘constituída pelo casamento (art. 175 da CF 1967/1969), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional *a família*, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu.”¹⁵

O Direito da Família foi fortemente influenciado pelo Direito Constitucional, com isso, tornou-se objeto de profunda transformação, que ocasionou verdadeira revolução ao banir discriminações no campo das relações familiares. Ainda assim,

⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16 maio 2014. (grifo nosso)

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 maio 2014. (grifo nosso)

¹¹ BRASIL. **Emenda Constitucional N.1 de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 16 maio 2014. (grifo nosso)

¹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.2.

¹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.2.

¹⁴ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais**: efeitos jurídicos. São Paulo: Método, 2004, p.46

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerusclausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, n.12., jan./fev. 2002. p. 44.

quando a Constituição inseriu o conceito de entidade familiar, que chamou de “união estável”, houve resistência em migrar essas demandas para o âmbito do Direito da Família. Essas inúmeras modificações invalidaram diversas legislações, e o Código Civil de 1916 deixou de ser a lei primordial do direito de família.¹⁶

Mesmo instalado no texto constitucional uma nova concepção de família, prevaleceu o antigo conceito de casamento registrado na doutrina para justificar o não reconhecimento das relações homossexuais como unidades familiares, por exemplo, o de Pontes de Miranda: “A união, ainda que solenemente feita, entre duas pessoas do mesmo sexo, não constitui matrimônio, porque ele é, por definição, contrato do homem e da mulher, *virí et mulieris coniunctio*, com o fim de satisfação sexual e procriação”.¹⁷ Por conta disso as relações homoafetivas continuaram sendo vistas como sociedade de fato e eram julgadas no âmbito do Direito das Obrigações.¹⁸

No início do século XXI, em 10 de janeiro de 2002, mais precisamente, teve vigência o novo Código Civil, sob a égide da Constituição Federal. Um novo código que já nasceu velho, afinal seu projeto originou-se em 1975, e tramitava no Congresso antes mesmo da constituição de 88. Assim, com a chegada do novo código, chega também variadas críticas, pois continuou resguardado, sem nenhuma inovação, excluindo ainda os diversos tipos de família existentes como a família fraterna formada entre irmãos/irmãs, a filiação socioafetiva, entre outras.¹⁹

“Compreendemo-nos como integrantes da cidade que forma a cidadania, mas sabemos que dessa urbe política há os que foram banidos e os que não foram incluídos. Aqueles que entre o princípio do prazer e o princípio da realidade foram remetidos ao desterro.”²⁰

Obviamente o código ao modificar o direito de família do anterior, excluiu expressões ultrapassadas e discriminatórias, mas sempre com base nas alterações feitas pela constituição, sem evoluir, sem adicionar nenhum outro ‘modelo’ de família, e normatizando cada vez mais a família regida pelo matrimônio. Atualmente, a família não tem mais a

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito de família**. [Atual. Vilson Rodrigues Alves]. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2001. p.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.8

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.8.

necessidade patriarcal ou econômica, temos um conceito de família que visa primeiramente o laço afetivo, garantindo dessa forma a tutela jurídica para as ‘novas’ famílias.²¹

“Hoje a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto responsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros.”²²

O ordenamento jurídico progrediu ao entender que as relações homossexuais devem ser abarcadas pelo Direito de Família, e também o avanço da jurisprudência ao interpretar que a união homossexual é reconhecida como unidade familiar. Evolução essa, lenta e ultrapassada.²³

1.2 Espécies de Família Constitucionalizada

A constituição dizimou termos discriminatórios como adulterina, bastardo, ilegítimo, impura, entre outros, que já eram considerados imorais e ultrapassados pela sociedade real. Essas alterações radicais e extremamente necessárias, ocorreram devido ao fato de que o princípio da dignidade da pessoa humana estar expresso no artigo primeiro do texto constitucional, juntamente com as garantias fundamentais do cidadão.²⁴

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”²⁵

Assim, a dignidade da pessoa humana está prevista na Constituição dando maior sustentação aos ordenamentos jurídicos englobando valores e outros princípios que são essenciais para o Direito. A inscrição da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36

²² LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, nº 33, 1.7.1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 28 abril 2014.

²³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.10.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50.

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abril 2014.

jurídicos se iniciou em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tal inscrição contou com a contribuição de Kant ao colocar o homem como fim e não como meio de todas as coisas. Do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem outros, como o da igualdade e do da liberdade.²⁶

A Constituição de 1988, como já dito anteriormente, foi um marco fundamental para o Direito da Família, alterando diversos conceitos que permaneceram estáticos durante anos, quebrando tabus indiscutíveis durante anos. Com todas essas alterações, alguns doutrinadores mudaram também sua denominação para Direito das Famílias.²⁷

“A Constituição Federal de 1988, instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.”²⁸

Deste modo, devido ao estado carente da sociedade quanto a legislação renovada, a constituição garantiu ao direito de família o reconhecimento de outras entidades familiares, organizadas além do casamento. As outras organizações familiares conceituadas na Constituição Federal foram a união estável e a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes, conhecida como família monoparental, dando início ao pluralismo das entidades familiares, pois essas espécies de família são meramente exemplificativas, ou seja, podem ser conhecidas entidades diversas a essas.²⁹

“Não se pode deixar de ver como a família a universalidade dos filhos que não contam com a presença dos pais. Dentro desse espectro mais amplo, não cabe excluir os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si relação pontificada pelo afeto a ponto de merecerem a denominação de uniões homoafetivas. Dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram

²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93-99.

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93-99.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 31

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade.”³⁰

Assim, a constituição não apenas deu segurança às entidades familiares dispostas em seu texto, que já eram reconhecidas pela jurisprudência, mas também garantiu que as outras entidades familiares não deveriam ser marginalizadas, e podem ser reconhecidas.³¹

1.2.1 Casamento

O casamento é a entidade familiar mais arcaica da história, já nos primórdios do direito romano o casamento existia, era considerado um fato social com efeitos jurídicos, e não era uma relação jurídica. A *affectio*, (afeição conjugal) era necessário para que houvesse casamento, era elemento subjetivo, juntamente com *honor matrimonii*, que era o fato objetivo, onde os fatores exteriorizados que demonstravam verdadeira intenção do *affection maritalis*, sempre com intenção de procriação, para multiplicar sua espécie. Pode-se perceber que inicialmente o casamento era formado pelo afeto, e o Estado não interferia em tal relação.³²

No Brasil, o Estado e a Igreja, intervieram nas relações afetivas sempre com a finalidade de proteger a moral da sociedade, e para tanto, agiram de forma tradicionalista, ditando normas para conduzir as relações pessoais afetivas da população. O casamento foi expressamente disposto no Código Civil de 16, por uma legislação taxativa, restritiva, que segregou qualquer outra forma que não estivesse ali disposta. Esse era o retrato do direito de família que antecedeu o direito constitucional de família, que conduz o atual Código Civil que entrou em vigência com um texto antigo para a sociedade da época, como já mencionado anteriormente.³³

“Acolhe o novo Código Civil, em alguns dispositivos, normas constitucionais expressas, como a que trata do princípio da igualdade; deixa,

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.

³² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família: curso de direito civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.18.

³³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.38.

contudo, de espelhar avanço numa visão de mundo e de sistema. Deve, pois, ser a codificação de 2002 vista e lida à luz dos princípios constitucionais.”³⁴

Assim, resta nitidamente caracterizada a influência e necessidade do texto constitucional no Direito de Família. O casamento está previsto no artigo 226, §3º da Constituição, e no artigo 1.511 e seguintes do Código Civil, que assim dispõe:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”³⁵

“Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”³⁶

Alguns doutrinadores chegam a fundir o conceito de família com o de casamento, pois até os dias atuais, quando se exprime a vontade de formar uma família, logo pensa-se em casamento. O casamento é a entidade familiar que mais foi regulamentada pela norma jurídica, por ser o instituto de família mais antigo do Brasil, e até a década de setenta era o único recurso disposto em lei como meio de formar família, e aceito pela comunidade altamente moralista. Qualquer outro modelo de união era considerado libidinoso.³⁷

“Sua importância advém do significado que a sociedade tradicionalmente atribui à família. Envoltos em ritos e costumes os mais variados, o instituto jurídico atravessou os séculos e se mantém nas legislações, embora que com disciplina diversificada em função da experiência de cada povo.”³⁸

O casamento é alterado de acordo com a sociedade e sua realidade, e juntamente, sua definição que até o século XIX era mesclado seu conceito com o religioso, isso porque o casamento civil existiu só após a Proclamação da República em 1889, assim, antes disso o único modo de casamento que existia à época era o religioso. Hoje em dia tais conceitos estão se desassociando cada vez mais, então, pode-se dizer que atualmente o

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.38.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 15 mai 2014.

³⁶ BRASIL. **Lei N. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 15 mai 2014.

³⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v.5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.37.

³⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v.5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.37.

casamento se caracteriza por ser um ato bilateral de manifestação de vontade entre duas pessoas de sexos opostos, com o interesse de comunhão de vidas.³⁹

“Casamento tanto significa **ato de celebração** de matrimônio, como a **relação jurídica** que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de **comunhão de vidas**, ou **comunhão de afetos**. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do **estado de casados**. A plena **comunhão de vida** é o efeito por excelência do casamento. Além de estabelecer a sociedade conjugal e proceder à alteração do estado civil dos cônjuges, gera dois vínculos: (a) **vínculo conjugal** entre os cônjuges; (b) **vínculo de parentesco por afinidade**, ligando um dos cônjuges aos parentes do outro.”⁴⁰

As pessoas tem vontade autônoma para se casar, no entanto, quando aceitam o casamento passam de solteiros para casados, submetem-se aos efeitos do casamento já elencados em lei, sem qualquer manifestação de vontade. O casamento então é um ato jurídico *sui generis*, com peculiaridades únicas. São aceitos no direito brasileiro o casamento civil, e o religioso com efeitos civis.⁴¹

Resta comprovado que nos dias atuais a afetividade, é componente indispensável para elaboração do casamento, pois o casamento não é formado essencialmente por necessidade patrimonial ou por ‘exigência’ da moralidade da sociedade, e além disso, o casamento não é indissolúvel, assim, se não houver afetividade, pode haver a dissolubilidade deste pelo divórcio, e após, uma nova constituição de casamento.⁴²

1.2.1.1 Reflexos de ordem social

Os efeitos do casamento de tem um relevância social, por ser uma instituição jurídica. Pode-se antever que o primeiro efeito do casamento seja a constituição de família, a lei prevê inclusive quando houver filhos fora do casamento, no entanto a Constituição (art.227, §6º) invalida qualquer distinção entre os filhos havidos de relações extraconjugais aos filhos das relações conjugais.⁴³

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.139.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.139.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22.ed. vol.V. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.85.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22.ed. vol.V. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.85.

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.190. vol.V.

O artigo 227, §7º da Constituição, bem como o artigo 1565, §2º do Código Civil, dispõem sobre o planejamento familiar, sendo de livre direito do casal, onde o Estado será responsável por oportunizar recursos para tal. Foi criada a Lei nº 9.263/96 que regula sobre tal planejamento familiar, e estabelece também penalidades.⁴⁴

O atual Código Civil modernizou-se no art.1.565, §1º quando dispôs que “qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro”⁴⁵, isso porque historicamente a esposa que utilizava o nome de família do marido, tendo em vista o poder marital do homem para com a sua família.

No Brasil, foi instaurado o Decreto nº181/1990 com o advento do casamento civil, que conferia a mulher casada, ao adquirir o nome de família do marido, usufruir de privilégios e direitos deste, que podiam se comunicar a ela garantidos pela legislação brasileira. O Código Civil de 1916 previa no artigo 240 que “A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”⁴⁶. A Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/1977, modificou o artigo 240, fazendo valer que:⁴⁷

“Art.240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.
[...] Parágrafo único - A mulher poderá acrescentar ao seus os apelidos do marido.”⁴⁸

Nos dias atuais, tanto a mulher quanto o marido podem escolher se querem adquirir ou não o sobrenome do outro, e podem também ambos modificarem seus nomes adicionando o sobrenome um do outro. O STJ, entende que “desde que não haja prejuízo à ancestralidade, nem à sociedade, é possível a supressão de um patronímico, pelo casamento, pois o nome civil é direito da personalidade”.⁴⁹

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.190. vol.V.

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 maio 2014.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 17 maio 2014.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.188. vol.V.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm>. Acesso em: 17 maio 2014.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.189. vol.V.

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL. REGISTRO PÚBLICO. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO NOME. ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. ACRÉSCIMO DE SOBRENOME DE UM DOS CÔNJUGES POSTERIORMENTE À DATA DE CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO E DA LAVRATURA DO RESPECTIVO REGISTRO CIVIL. VIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O art. 1.565, § 1º, do Código Civil de 2002 autoriza a inclusão do sobrenome de um dos nubentes no nome do outro, o que se dá mediante solicitação durante o processo de habilitação, e, após a celebração do casamento, com a lavratura do respectivo registro. Nessa hipótese, a alteração do nome de um ou de ambos os noivos é realizada pelo oficial de registro civil de pessoas naturais, sem a necessidade de intervenção judicial. 2. Dada a multiplicidade de circunstâncias da vida humana, a opção conferida pela legislação de **inclusão do sobrenome do outro cônjuge não pode ser limitada, de forma peremptória, à data da celebração do casamento**. Podem surgir situações em que a mudança se faça conveniente ou necessária em período posterior, enquanto perdura o vínculo conjugal. **Nesses casos, já não poderá a alteração de nome ser procedida diretamente pelo oficial de registro de pessoas naturais**, que atua sempre limitado aos termos das autorizações legais, **devendo ser motivada e requerida perante o Judiciário, com o ajuizamento da ação de retificação de registro civil prevista nos arts. 57 e 109 da Lei 6.015/73**. Trata-se de procedimento judicial de jurisdição voluntária, com participação obrigatória do Ministério Público. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 910094/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 19/06/2013)”⁵⁰ (grifo nosso)

O julgado acima refere-se sobre o entendimento do STJ quanto ao uso do nome de família, podendo ser adquirido por um dos cônjuges após ao momento do casamento, ou seja, a modificação do nome dos cônjuges pelo nome de família não se restringe até a data do casamento, agora, enquanto permanecer o matrimônio qualquer dos cônjuges podem acrescentar o nome de família. Porém para realizar essa alteração posterior a data do casamento, esta deve ser feita mediante ação de retificação de registros públicos.⁵¹

1.2.1.2 Reflexos de ordem patrimonial

O casamento é primeiramente uma alteração do estado civil, uma característica da personalidade que atribui a pessoa à sociedade, tal alteração tem reflexo de ordem social e patrimonial, no entanto o reflexo patrimonial é mais relevante.⁵²

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial. **Resp nº 910.094/SC**. 4ª Turma. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 04 nov 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1175226&num_registro=200602726569&data=20130619&formato=PDF>. Acesso em: 17 mai 2014

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.189. vol.V.

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.153.

“A pessoa nasce solteira. Ao casar assume o estado civil de casada. Quando morre um dos cônjuges, o sobrevivente adquire estado civil de viúvo. A mudança do estado civil sempre teve como elemento modificar o casamento. Tanto é assim que o fim do casamento provoca alteração do estado civil: a pessoa passa de casada ao estado civil de separada ou divorciada.”⁵³

O estado civil não define apenas a situação do indivíduo perante a sociedade, mas define também a situação do seu patrimônio pessoal, ou seja, a pessoa é dona totalitária de seu patrimônio quando está no estado de solteira, separada, divorciada, ou viúva. Quando a pessoa está casada não tem total liberdade sobre seu patrimônio, e essa ‘liberdade’ sujeita-se ao regime de bens do casamento. A lei determina que para a pessoa casada realizar algum ato jurídico, comumente é preciso de autorização prévia do outro cônjuge.⁵⁴

Os efeitos econômicos do casamento existem para proteger a família, garantindo segurança econômica para esta caso seja preciso. As relações familiares internas. Essas relações são atingem a solidariedade pecuniária entre os cônjuges, usufruto dos bens da prole durante o poder familiar, fornecimento de alimentos aos filhos e, direito sucessório.⁵⁵

Em 1916, em uma sociedade que só considerava como família aquelas advindas do matrimônio, onde a mulher era uma colaboradora do marido e ainda era considerada relativamente incapaz para determinadas situações, o direito sucessório não regulamentava nenhuma garantia patrimonial ao cônjuge.⁵⁶

O artigo 1.611 do Código Civil de 1916 dispunha que “em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados”.⁵⁷ O cônjuge então, só sucederia se não tivesse nem descendente nem ascendente, o deixando muitas vezes, desamparado, especialmente quando a mulher era o cônjuge sobrevivente.

Com o Código Civil de 2002 o artigo 1.845 incluiu o cônjuge como herdeiro necessário. O cônjuge foi incluído também como concorrente com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, sempre irá concorrer com os ascendentes, já com os descendentes

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.153.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.154.

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.192. vol.V.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.192. vol.V.

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 19 maio 2014

dependerá do regime de bens, este tem a função de reger, ordenar os reflexos de ordem patrimonial na sociedade conjugal. Existem quatro modelos.⁵⁸

- Comunhão universal: é a comunicabilidade de todo o patrimônio dos cônjuges, não importando a data, nem o título, nem a forma que foi adquirido, todos os bens são comuns. Os cônjuges terão direito à meação da totalidade dos bens, anteriores e os adquiridos durante o casamento, a meação é do bens em comum. Neste regime o cônjuge sobrevivente não irá concorrer com os descendentes do falecido, pois este já fez jus à meação de todos os bens adquiridos desde o início do casamento, presumindo-se assim seu amparo patrimonial, deste modo, não há porque ser também herdeiro.⁵⁹

- Separação de bens pactuada: cada cônjuge tem seu patrimônio exclusivo, nada se comunica. Os casais podem pactuar, quando não fazem parte de nenhuma das categorias da separação obrigatória. Assim, de acordo com o artigo 1.829, I, do Código Civil, o cônjuge concorre com os descendentes.⁶⁰

- Separação de bens obrigatória: regime de bens exigido por lei, quando houver as seguintes situações dispostas no artigo 1.641 do Código Civil.⁶¹

“Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de sessenta anos;
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.”⁶²

Assim, quando for imposto o regime da separação de bens , o cônjuge não irá concorrer com os descendentes do *de cujus*.

- Comunhão parcial: os bens comuns são os adquiridos a título oneroso durante a sociedade conjugal, já os bens particulares são os adquiridos antes do casamento e os adquiridos a título gratuito a qualquer tempo. Assim, se o falecido deixar bens particulares, o cônjuge receberá a sua meação nos bens comuns adquiridos na constância do casamento e concorrerá com os descendentes apenas na partilha dos bens particulares. Pode haver a

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.50.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.52.

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.52.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.54

⁶² BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 19 maio 2014.

situação onde só se tem bem comum por não possuírem nenhum bem adquirido anteriormente ao casamento. Neste caso, o cônjuge sobrevivente não irá concorrer com os descendentes pois não há bens particulares do *de cujus*.⁶³

- Participação final nos aquestos: este regime possui características da comunhão parcial e da separação de bens. Os bens que foram adquiridos durante o casamento a título gratuito é exclusivo, particular de cada cônjuge. Os bens adquiridos durante o casamento à título oneroso se comunicam, como na comunhão parcial. Os cônjuges tem autorização para transacionar sem a autorização do outro, se assemelhando à separação de bens. O cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, uma vez que à época da criação do código civil não existia esse regime.⁶⁴

1.2.2 União Estável

A união estável só foi regulamentada como entidade familiar pela Constituição Federal em 1988, antes disso, o Código Civil de 1916 previa apenas o instituto do casamento como forma digna de se constituir família, e por consequência, marginalizava qualquer união extramatrimonial intitulando-as de concubinato. Nesse mesmo momento histórico o casamento era indissolúvel, ou seja, o sociedade formada pelo casamento não era desfeita, esse era o desquite. Assim, as pessoas desquitadas que contraíssem outra relação afetiva não podiam se casar, por proibição da legislação, entrando assim no rol das relações concubinas. Apenas em 1977 com a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) que dissolveu a sociedade conjugal e o casamento, que então permitiu novo casamento para os divorciados.⁶⁵

Hoje em dia concubinato é um termo ultrapassado e bastante preconceituoso, tendo em vista que a legislação brasileira a utilizou para determinar as relações sem vínculo matrimonial, condenando-as como ilegítimas e ‘impuras’.⁶⁶

“*Concúbito*, do latim *concubitus*, significa cópula, coito. O elemento etimológico primário do concubinato é o concúbito contínuo exclusivo da mulher com um homem com quem habita e/ou mantém relações sexuais.

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.54.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.54.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.155.

⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.45.

Esse é o conceito original de concubinato, mas ele vem se modificando bastante, especialmente a partir da Constituição de 1988.[...]”⁶⁷

A Constituição de 1988, dissipando barreiras e preconceitos, reconheceu o concubinato como entidade familiar (artigo 226, §3º) renomeando de união estável para cessar com o ranço discriminatório da sociedade com as relações afetivas fora do casamento. Após tal reconhecimento, a doutrina e jurisprudência ainda persistiram em usar o termo concubinato, separando em puro e impuro, assim a união estável carecia de legislação para regulamenta-la pois a doutrina e a jurisprudência continuaram tratando como sociedade de fato e as causas eram vistas na vara cível, segundo o direito das obrigações, o mesmo ocorreu no direito sucessório que continuou a utilizar a Súmula nº 380 do STF “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço em comum”.⁶⁸

Com essa necessidade visível foi criada a Lei nº 8.971/1994 que regularizou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, logo no primeiro artigo determinou que para serem considerados companheiros deveriam ser solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, que convivessem há mais de cinco anos, ou tenham prole.⁶⁹

Em 1996 foi instituída a Lei nº 9.278, para regular o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal. Essa lei reconheceu a união estável como entidade familiar aquela de convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.⁷⁰

Com o novo Código Civil, o termo união estável foi reafirmado e discernido de concubinato, como disposto nos artigos 1.723 e 1.727. Podemos entender como união estável aquela de convivência duradoura, pública e constante entre um homem e uma mulher, com intenção de formar uma família. Seu começo é espontâneo, sem protocolos, e sua

⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.45.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.156.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 20 maio 2014.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 20 maio 2014

convivência é como se fossem casados, tanto o é que a própria Constituição dispõe que o legislador deve facilitar sua conversão em casamento.⁷¹

No entanto, converter a união estável em casamento já não é tão simples, antes do atual código civil, o art.8º da Lei 9.278/96, determinava que os companheiros poderiam a qualquer tempo converter a união estável em casamento civil, bastava fazer um requerimento ao Oficial de Registro Civil de seu domicílio, e após, começa todo o procedimento de habilitação do casamento civil. Com o novo código civil, seu artigo 1.726 previu que a conversão em casamento deverá ser feita perante o Juiz, que analisará o caso concreto para julgar se defere ou não sua conversão. Se deferir, será feita sua lavratura no Registro Civil, sendo desnecessária anterior habilitação do casamento.⁷²

1.2.2.1 Reflexos de ordem social

A união estável e o casamento são entidades familiares distintas. O casamento durante anos, foi a única entidade familiar reconhecida por lei, e por conta disso é regulado em lei do seu início ao fim. Já a união estável foi reconhecida apenas com a Constituição de 88. Diferentemente do casamento, não existe uma forma determinada em lei para se dizer quando começa a união estável, esse começo é subjetivo e não se sabe quando começa de fato a união estável. Com o casamento, o estado civil dos cônjuges se alteram, na união estável seu estado civil continua o mesmo anterior à união.⁷³

O mesmo ocorre com o nome dos companheiros, o único momento em que o código civil pressupõe a mudança de nome é no casamento. Na Lei de Registros públicos (Lei nº6015/77) contém uma exceção, permitindo apenas à mulher que adicione o patronímico do companheiro, caso se encaixe nos requisitos: seja solteira, desquitada ou viúva, vivendo a mais de cinco anos com homem solteiro, desquitado ou viúvo, ou possua prole da união. Só é permitido adicionar o nome do companheiro, sendo proibido substituir o seu nome de batismo pelo do companheiro. Tal exceção só é válida caso um ou ambos os companheiros sejam impedidos de casar devido ao estado civil.⁷⁴

⁷¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família**: curso de direito civil. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.155.

⁷² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família**: curso de direito civil. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.155.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.150.

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.127.

A primeira lei que regulamentou a união estável (Lei nº 8.971/1994) entendia que o casal deveria conviver por pelo menos cinco anos para ser considerada, determinando assim um prazo mínimo de convivência para ser considerada união estável. Com a Lei nº 9.278/96, regulamentou que a união estável deveria ter uma convivência contínua, pública e duradoura, afastando assim o mínimo de cinco anos de relação, assim deve-se analisar cada situação para se constatar se ali existe ou não união estável. O Código Civil em seu artigo 1.723, prevê os mesmos requisitos da Lei 9.278/96 para se constituir união estável.⁷⁵

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REGULARIDADE FORMAL. PEDIDO DE REFORMA NÃO EXPRESSO. EVIDENTE INTENTO DE MODIFICAÇÃO DO DECISUM. CONTRADITA DE TESTEMUNHA. MOMENTO ADEQUADO. ART. 414, § 1º, DO CPC. PRECLUSÃO. PLEITO SUBSIDIÁRIO. OITIVA DE TESTEMUNHA COMO INFORMANTE. INOVAÇÃO. INTERESSA DA TESTEMUNHA NO DESLINDE DA CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. MÁ APRECIACÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INOCORRÊNCIA. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. DECISÃO FUNDAMENTADA E PROVA SOBEJAMENTE COLHIDA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. PRESENÇA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES. ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. SIMULTANEIDADE DA UNIÃO COM CASAMENTO. SEPARAÇÃO DE FATO. EFETIVA COLABORAÇÃO PARA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO COMUM E **COABITAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BENS. CONVIVÊNCIA MORE UXORIO DEMONSTRADA.** APELO DESPROVIDO.[...] IV – Ao juiz, na qualidade de destinatário da prova, compete analisá-la livremente, motivando seu convencimento, não havendo falar-se em má-apreciação se a fundamentação expendida na sentença encontra-se harmonizada do conjunto probatório coligido aos autos. V – **Provado de que a convivência entre as partes foi pública, contínua, duradoura e com objetivo de constituir família, resulta caracterizada a união estável.** VI – O casamento simultâneo de um dos conviventes não impede o reconhecimento da união estável, sobretudo se, durante a instrução probatória, resta demonstrada a separação de fato e o decreto do divórcio direto. VII – A efetiva colaboração para a formação do patrimônio comum não se consubstancia em requisito para o reconhecimento da união estável, mormente quando não há bens comuns. VIII – **A coabitação embora constitua elemento prescindível à configuração da união estável, é forte indício da convivência more uxorio.** IX – Agravo retido e apelação desprovidos. (RE 665333 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, Acórdão Eletrônico Dje-074 Divulg 16-04-2012 Public 17-04-2012).”⁷⁶

⁷⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família: curso de direito civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.155.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Agravo Recurso Extraordinário 665333**, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Brasília, 20 março 2012. Disponível em:

O julgado acima é um exemplo do entendimento jurisprudencial unânime quanto à coabitação do casal em união estável de que é desnecessária, inclusive pode ser utilizada equivalentemente a Súmula 382 do STF que dispõe “a vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxório’, não é indispensável à caracterização do concubinato”, deste modo, pode haver união estável entre casais que não morem sob o mesmo teto, desde que existam os requisitos indispensáveis, quais sejam, convivência pública, contínua, duradoura e com objetivo de constituir família.⁷⁷

1.2.2.2 Reflexos de ordem patrimonial

A constituição reconheceu a união estável como entidade familiar, mas não foi reconhecido direito sucessório ao companheiro, foi preciso regulamentação que veio com a Lei nº 8971/94, que regulamentou o direito sucessório para união estável reconhecendo o direito a suceder do companheiro. O companheiro poderia requerer o usufruto viual de ¼ da herança, caso houvesse descendentes, tendo ascendentes poderia ter usufruto da metade da herança, e quando não existissem nem descendentes nem ascendentes, teria direito à totalidade da herança, afastando assim, os colaterais.⁷⁸

A Lei nº 9278/96 regulamentou a união estável, contendo o direito real de habitação e ainda o usufruto viual tornando a situação do companheiro melhor do que do cônjuge, pois este tinha direito real de habitação, ou o usufruto viual.⁷⁹

“As referidas leis foram alvo de muitas críticas, passando a tramitar no Congresso Nacional projeto de com o objetivo de melhor regulamentar o aludido dispositivo constitucional e de revogar as mencionadas leis. A promulgação da Lei nº 9278/96, e a manutenção de dispositivos da Lei nº 8971/94 que nao conflitassem com aquela acabaram por conferir mais direitos à companheira do que à esposa.”⁸⁰

O Código Civil regulamentou no artigo 1790, que o companheiro tem direito apenas sobre os bens adquiridos onerosamente durante a existência da união estável e não à totalidade da herança, só terá direito a totalidade da herança se não houver nem descendente, nem ascendente, nem colaterais. Só terá direito quando não existir nenhum parente sucessível. O companheiro só concorre em cima dos bens adquiridos onerosamente

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000186549&base=baseAcordas>>.

Acesso em: 20 maio 2014.

⁷⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família: curso de direito civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.155.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões** - 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.55.

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões** - 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.55.

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões** - 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.55.

durante a convivência. Então o companheiro sucede em concorrência com os descendentes comuns ou exclusivo do de cujus, com as ascendentes e com o colaterais.⁸¹

Quanto ao direito real de habitação para o companheiro, como ficou entendido após o código civil, existe uma corrente que entende que a lei anterior foi revogada com o código civil, uma vez que este trata de todos os tópicos relativos aos direitos do companheiro, mas existe também outra corrente que diz que como o código não tratou do direito real de habitação a lei antiga continuaria valendo. O STJ já se manifestou sobre o assunto e entende que o direito real de habitação em favor do companheiro continua em vigor, o companheiro tem direito real de habitação não podendo constituir nova união, em contrapartida o cônjuge pode constituir nova união pois o direito real de habitação do cônjuge é vitalício.⁸²

“O Superior Tribunal de Justiça decidiu que, se duas pessoas são casadas em qualquer regime de bens ou vivem em união estável e uma delas falece, a outra tem, por direito, a segurança de continuar vivendo no imóvel em que residia o casal, desde que este seja o único a inventariar e mesmo que o inventário tenha sido aberto antes do atual Código Civil. Uma interpretação que melhor ampara os valores espelhados pela Constituição Federal é a que cria uma moldura normativa pautada pela isonomia entre a união estável e o casamento. Dessa maneira, tanto o companheiro como o cônjuge, qualquer que seja o regime do casamento, estarão em situação equiparada”⁸³

No casamento, os cônjuges têm opção de escolha sobre qual regime de bens optar, pelo pacto antenupcial, já com os companheiros, não há regimes de bens a escolher, podendo formular um contrato de convivência fixando o que bem entenderem. Se os cônjuges não se manifestarem quanto ao regime de bens, e os companheiros não fizerem o contrato, a lei impõe que tais relações serão regulamentadas segundo o regime da comunhão parcial de bens. Tal regime entende que todos os bens constituído na constância do relacionamento são considerados bens comuns pertencentes igualmente ao casal. Caso haja a dissolução do vínculo, todos os bens de propriedade comum serão divididos igualmente.⁸⁴

1.2.3 Família Monoparental

O artigo 226 §4º, da constituição caracteriza como entidade familiar a família formada por um dos pais e seus descendentes, conhecido pela doutrina de família

⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões** - 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.55.

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões** - 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.55.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões** - 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.166.

monoparental. Opção correta da constituição ao incluir esse relacionamento como família, pois é cada vez mais comum família formada apenas por uma parentalidade.⁸⁵

“E são vários os tipos de relações familiares: as uniões livres estão cada vez mais frequentes; temos a figura da mãe solteira, que pode ser voluntária ou involuntária; a viuvez; a adoção, possível para o solteiro, separado, divorciado ou viúvo, além da separação e do divórcio. Todas essas situações geram tipos de famílias monoparentais.”⁸⁶

A monoparentalidade existente do divórcio ocorre quando um dos genitores fica com a guarda da prole, normalmente a mãe, e mesmo se vier a contrair novo casamento ou união estável, o (a) cônjuge ou companheiro (a) não terá qualquer vínculo com seu filho, assim continuará existindo família monoparental entre o genitor e sua prole, como previsto no art.1.636 do Código Civil.⁸⁷

Não é preciso estar em união estável ou casado para adotar uma criança, de acordo com o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”⁸⁸, esse é o requisito para se adotar, assim, quando uma pessoa solteira, divorciada, ou viúva, adota uma criança forma-se uma família monoparental. O requisito primordial para adoção é a vantagem para a criança que será adotada, não é requisito que seja por adoção conjunta, ou seja, o melhor para adotando é ser adotado independentemente se for por um casal ou por uma única pessoa.⁸⁹

Existe também a família monoparental decorrente da mulher solteira que quer engravidar e então, escolhe pela reprodução assistida, tema bastante debatido, no entanto o texto constitucional ao garantir a proteção do Estado para tal entidade familiar, deve proteger também o modo como se forma essa família, afinal o planejamento familiar, previsto no parágrafo 7º do art.226 da constituição e regulamentado pela Lei nº 9.263/1996,⁹⁰ é direito

⁸⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Monoparentalidade e biodireito**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 437.

⁸⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Monoparentalidade e biodireito**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 437.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.194.

⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 24 maio 2014.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.194.

⁹⁰ BRASIL. LEI N. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 24.mai.2014.

de todo cidadão sem importar seu estado civil (casado, solteiro, divorciado, viúvo, companheiro, etc.).⁹¹

A família monoparental ao ser garantida na constituição foi equiparada com as famílias formadas por casais, garantindo assim respeito e igualdade entre elas. Não é porque existe apenas o pai ou mãe, que essa família será disfuncional ou que os filhos irão crescer em um ambiente anormal e terão sequelas devido a isso.⁹²

“[...] Importa saber se cada membro ocupa o seu lugar de filho, de pai ou de mãe. A não presença física do pai, ou a sua permanência não é definidora da situação; este pai ou esta mãe não precisam ser, necessariamente, biológicos. Qualquer um pode ocupar esse lugar, desde que exerça tal função. A paternidade e a maternidade são uma questão de função.”⁹³

Resta comprovado que não é porque uma família considerada ‘normal’ pela sociedade, constituída por pai mãe e seus filhos, que será melhor do que qualquer outra formação familiar. É preciso que existam pessoas que exerçam a função de pai e/ou mãe, a adoção é uma demonstração de não necessariamente os genitores são os mais adequados para criação de seus filhos.⁹⁴

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.195.

⁹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 59.

⁹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 59-60.

⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 59-60.

2 DIVERSIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES

A Constituição de 1988 foi um marco para o direito brasileiro, principalmente para o direito de família, onde expandiu seu conceito, suas espécies de família, e extinguiu conceitos e expressões hostis. O artigo 226 da Constituição Federal prevê o casamento, a união estável e, a comunidade formada por um dos pais e seus descendentes (família monoparental) como entidades familiares. Além das entidades familiares elencadas na constituição, outras espécies de família devem se reconheceras nessa mesma esfera para receber também a proteção do Estado, tendo em vista que tal artigo constitucional não é taxativo e tão pouco dispõe sobre todas as espécies de família existentes na sociedade brasileira.⁹⁵

“O legislador constitucional teve em mira a proteção da família, separada, sem restrições e individualmente, respeitados os bons costumes, as normas de ordem pública e os princípios gerais de direito. A convivência familiar é, portanto, aberta, pois não poderia o legislador declinar todas as formas de sua constituição.”⁹⁶

O vínculo principal da família começou a ser identificado pela afetividade. Aquela noção de família patriarcal advinda do casamento, ignorando quaisquer filhos fora deste foi extinguido. Agora o vínculo principal da família se dá a partir do vínculo afetivo, o vínculo biológico torna-se secundário para a família brasileira do novo código, assim, a igualdade permanece como principal componente da dignidade da pessoa humana.⁹⁷

“O Estado não pôde mais controlar as formas de constituição das famílias, pois comporta várias espécies, como o casamento, as uniões estáveis e a comunidade de pais e seus descendentes (art.226 CF). Essas e outras representações sociais da família exprimem a liberdade dos sujeitos de constituírem seu núcleo familiar da forma que melhor lhes convier, e deve sempre ser o espaço de sua liberdade”⁹⁸

A sociedade do século XXI entende que a família é constituída primeiramente pelo vínculo afetivo, o que foi confirmado pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que, visando proteger as mulheres que sofrem violência doméstica, definiu

⁹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.207.

⁹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.207.

⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, p.19.

⁹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 30-31.

como família qualquer relação de afeto. Assim, não é reconhecida como família apenas aquelas constituídas pelo casamento ou por sexos distintos, é preciso reconhecimento dessas uniões formadas unicamente por afeto como entidade familiar, produzindo direitos e obrigações aos seus integrantes. Esses diferentes modelos de formação de família são inúmeros, e são chamadas pela doutrina de famílias plurais.⁹⁹ Será tratado a seguir algumas delas.

2.1 Família Anaparental

Do mesmo modo que não se reconhece mais família apenas aquela advinda do casamento, e não apenas aquela formada por diferenças de sexos, a diferença de gerações não pode ser um fator para se formar família. A família monoparental, segundo a constituição é aquela formada por um dos pais e seus descendentes, deve haver diferença de gerações, não garantindo proteção do Estado para as famílias formadas sem diferença de gerações.¹⁰⁰

A família anaparental, como denomina a doutrina, é aquela entidade familiar formada entre parentes ou pessoas distintas que tem convivência e finalidade em comum, independente de relação sexual. Ela pode existir entre irmãos, primos, amigos que moram juntos, ou seja, advém de um vínculo afetivo e de convivência, e deve ser considerada como entidade familiar para que sejam protegidos sobre a guarda dos direitos de família.¹⁰¹

“A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação de acervo patrimonial constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualitariamente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera sociedade de fato e invocar a Súmula 380 (STF), para conceder somente metade dos bens à sobrevivente, gera flagrante injustiça para com quem auxiliou a amealhar dito patrimônio. A solução que se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária”¹⁰²

Deste modo, mesmo não havendo relação sexual o convívio em comum constata a junção de interesses para um determinado fim, e por conta disso tal relação afetiva

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Família Pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_fam%EDlia_pluriparental%2C_uma_nova_realidade.pdf>. Acesso em: 27 maio 2014.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Família Pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_fam%EDlia_pluriparental%2C_uma_nova_realidade.pdf>. Acesso em: 27 maio 2014.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.46.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.47-48.

deve ser considerada entidade familiar, para se utilizar por equivalência as normas do casamento e união estável. Percebe-se assim, que a família anaparental e a família monoparental não se distinguem em nada, ambas são formadas por afeto e convívio e em ambas não existe relação sexual, a única distinção é que na primeira não há diferença de gerações, e na segunda sim.¹⁰³

2.2 Família Pluriparental

A família pluriparental ou mosaico, é a nova família formada após um divórcio ou separação. Essa nova família, constituída por casamento ou união estável, é formada pelo casal, seus filhos em comum, e os filhos dos relacionamentos anteriores de um ou ambos. Formando assim, diversos novos tipos de relações, como o padrasto com seu enteado, ou entre os filhos distintos de cada um. Mas o vínculo do genitor com seu filho continua formando a família monoparental, isso porque apesar da dissolução do relacionamento passado, os pais continuam tendo direitos e deveres sobre sua prole. Então deve ser realizada a adoção unilateral, para que exista vínculo jurídico, no caso de o filho já ser registrado, tal adoção só pode ocorrer se o pai que o registrou aceitar tal adoção.¹⁰⁴ De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 41 [...] § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.”¹⁰⁵

Convém a denominação de pluriparental, tendo em vista que em tal contexto mais de uma pessoa exerce a mesma função naquela determinada família, coexistindo também a diversidade de vínculos entre si, mas destacando-se a dependência e interesse recíproco, além do vínculo afetivo.¹⁰⁶

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.48.

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.49

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 27 maio 2014.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Família Pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_fam%EDlia_pluriparental%2C_uma_nova_realidade.pdf>. Acesso em: 27 maio 2014.

2.3 Família Paralela

Bastante repudiada no âmbito jurídico, a família paralela é aquela que existe simultaneamente com o casamento ou com a união estável, chamada também de concubinato impuro ou, união desleal. Essa espécie de família é condenada pela sociedade porque quebra o dogma da monogamia. Apesar de ser vista como uma relação ‘impura’, existe um vínculo afetivo e produz efeitos jurídicos.¹⁰⁷

É chamado pela doutrina de concubinato impuro aquela união que coexiste com um casamento, caso seja uma união estável paralela a outra união estável, a união estável mais recente será chamada de concubinato desleal (ou união desleal), sempre denominações pejorativas. Em ambos os casos, no concubinato impuro ou desleal, o companheiro só terá direito à tutela jurídica se não souber da existência do relacionamento anterior, nesse caso tal união será tratado no direitos das obrigações como sociedade de fato, mas se tiver ciência da união anterior, não estará amparado por nenhum direito.¹⁰⁸

“O infiel, aquele que foi desleal, permanece com a titularidade patrimonial, além de ser desonerado da obrigação de sustento para com quem lhe dedicou a vida, mesmo sabendo da desonestidade do parceiro. [...] A quem quer lhe negar efeitos jurídicos justificativas não faltam. A alegação é de que a distinção entre o concubinato adulterino e a união estável busca manter coerência com o preceito ordenador da monogamia.”¹⁰⁹

Monogamia é um dogma da sociedade brasileira e por conta disso a sociedade impõe barreiras contra tudo o que vai contra a monogamia. Quer dizer, um homem casado possui diversas relações estáveis, ou em união estável adquire varias outras, formando inúmeros vínculos de caráter poligâmico. No entanto ainda há resistência no âmbito jurídico quanto a essas formações e inclusive não reconhecem muitas delas, sendo tratadas como sociedade de fato.¹¹⁰

Para a jurisprudência, a família paralela tem importância no âmbito jurídico caso seja comprovada a existência de dois núcleos familiares com uma pessoa em comum, por

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.50.

¹⁰⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.208.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.49.

¹¹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.210.

conta de que nesse segundo relacionamento houve convivência entre os companheiros, alcançaram bens patrimoniais conjuntamente.¹¹¹

“UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. PARTILHA DE BENS. PROVA. ALIMENTOS. FILHA MENOR. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Tendo o relacionamento entretido entre os litigantes assemelhado-se a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta indubitosa a affectiomaritalis. 2. **Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o réu, mas que ele mantinha união estável concomitante com outra mulher em outra cidade, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que ela não sabia do relacionamento paralelo do varão com a outra mulher.** 3. Comprovada a união estável, devem ser partilhados de forma igualitária todos os bens adquiridos a título oneroso com a autora na constância da vida em comum, pouco importando qual tenha sido a colaboração prestada individualmente pelos conviventes. Inteligência do art. 1.725 do CCB. [...] Recurso parcialmente provido.(Apelação Cível Nº 70059170282, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 07/05/2014).”¹¹² (grifo nosso)

Assim, de acordo com a jurisprudência acima, caso fique comprovado que o companheiro concubino não sabia da existência do casamento, este fica amparado pelo direito de família e tal relação fica reconhecida como união estável putativa, desde que estejam presentes os requisitos da união estável, e o companheiro concubino não deve ter conhecimento do outro relacionamento.¹¹³

2.4 Família Homoafetiva

A homossexualidade sempre existiu em qualquer época e em qualquer sociedade, na Grécia e na Roma Antiga, era socialmente aceito, e os homens se juntavam às mulheres com o único fim de reprodução. Na Índia tendo em vista que os deuses eram bissexuais, travestidos, mudavam de sexo, a homossexualidade era vista com normalidade. Nesta época predominava a bissexualidade, mas com o início de uma nova religião, o cristianismo, entendeu como pejorativo qualquer relação sexual que não tivesse o fim único

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.50.

¹¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS). **Apelação Cível nº 70059170282**. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 07 maio 2014. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impressao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em: 30 maio 2014.

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.50.

de reprodução, procriação. No mundo ocidental moderno a homossexualidade é vista predominantemente como uma forma de vida vergonhosa. Devido à influência da religião no Estado, a sociedade sempre rejeitou qualquer relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo de forma geral, marginalizando também a formação de família entre eles.¹¹⁴

“A Igreja fez do casamento forma de propagar a fé cristã: cresci e multiplicai-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais levou a Igreja a repudiá-los, acabando por serem relegados à margem da sociedade. Claro que a forma de demonstrar reprovação a tudo que desagrade à maioria conservadora é condenar à invisibilidade.”¹¹⁵

Assim, a homossexualidade, devido à ascensão da igreja católica no mundo ocidental, tornou-se estigmatizada para a sociedade, por receio do que era diferente do ‘padrão normal’, formaram entendimentos preconceituosos e segregaram os homossexuais.¹¹⁶

“Durante séculos, através da chamada moral sexual civilizada, o Estado proibiu ou permitiu determinadas práticas de relações sexuais. Aquilo que se permitiu é o que sempre foi considerado normal, dentro de determinadas normas morais que acabaram se transformando em jurídicas. Portanto, sexualidade normal sempre foi aquela que se enquadrou dentro das normas jurídicas ou morais do Estado. Portanto, o Estado, como legitimador ou ilegítimador das relações sociais, determina o normal e o anormal, inclusive as questões de natureza sexual, como a heterossexualidade, homossexualidade, prostituição, etc.”¹¹⁷

Resta claro que aos longos dos anos o Direito por meio do ordenamento jurídico é a ferramenta utilizada para distinguir, cercear, impor, as condutas normais aceitas, promovendo assim a supressão das pessoas que não se ‘encaixam’ nessa normalidade pré-definida. Tanto o é que, nos primórdios, a homossexualidade era vista de forma pejorativa e até mesmo de forma criminosa, como visto a seguir.¹¹⁸

2.4.1 Homossexualidade: primeiro crime, depois doença e finalmente, modo de ser

A primeira declaração marcante acerca da homossexualidade ocorreu em 1869 quando o médico húngaro Karoly Benkert criou a palavra homossexual ao constatar que

¹¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 30-31.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.182.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.182.

¹¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.138.

¹¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.138.

a atração entre pessoas do mesmo sexo era inerente à pessoa e não uma opção, entendendo assim que o homossexualismo era uma doença, (o sufixo ‘ismo’ significa doença), e que tais pessoas deveriam ser tratadas e não criminalizadas pela sua condição homossexual. A partir desta apuração médica, os homossexuais tornaram-se pesquisas médicas em busca de uma ‘cura’, um entendimento um tanto quanto avançado para a época, que prevalecia o juízo religioso. Assim, a homossexualidade que antes era chamada pejorativamente de pederasta, e sendo cabível a criminalização por ser ato libidinoso ou pecado, passou a ser vista como doença suscetível de tratamento.¹¹⁹

“Esta fase teve início no século XIX, onde ocorreu uma valorização da racionalidade em detrimento da religiosidade, abandonando-se a perspectiva condenatória para o predomínio das ciências médicas e psicológicas na explicação dos atos homossexuais. [...] Na segunda metade do século XIX, a homoafetividade passa a ser considerada uma anomalia física e hereditária, que acarretava um desvio moral. Diante deste raciocínio, foram criadas diversas terapias como a castração, a terapia de aversão, a terapia hormonal, lobotomia, internação e isolamento, a fim de evitar a reprodução destes indivíduos com o intuito de evitar que a doença fosse transmitida.”¹²⁰

Nessa época em que consideravam a homossexualidade uma doença houve uma diminuição de criminalização dessa comunidade, no entanto gerou um repúdio social, onde as pessoas com medo de que houvesse uma escalção para epidemia, segregavam os homossexuais. Mesmo após os diversos tipos de tratamentos, não houve nenhum caso que resultou cura, ou seja, nenhuma homossexual curou-se em heterossexual, isto porque não se pode mudar a orientação sexual de uma pessoa. A Homossexualidade foi considerada doença durante muitos anos, apenas em 1982 que a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou da lista de doenças, informando também que a homossexualidade passou a ser ‘desajustamento social decorrente de discriminação política, religiosa ou sexual’.¹²¹

Conforme citada em linhas anteriores, inúmeros homossexuais foram submetidos a tratamentos abomináveis onde ficaram com sequelas permanentes, e não houve resultado de sucesso, não foi encontrada uma cura. Assim, o conceito *homossexualismo*

¹¹⁹ GIMENEZ, Amanda Pegorini, e VIEIRA, Tereza Rodriguez. **Homoafetividade: de sodoma ao STF**. In: VIEIRA, Tereza Rodriguez. *Minorias Sexuais Direitos e Preconceitos*. Brasília: Editora Consulex, 2012. p.150.

¹²⁰ GIMENEZ, Amanda Pegorini, e VIEIRA, Tereza Rodriguez. **Homoafetividade: de sodoma ao STF**. In: VIEIRA, Tereza Rodriguez. *Minorias Sexuais Direitos e Preconceitos*. Brasília: Editora Consulex, 2012. p.151-152.

¹²¹ GIMENEZ, Amanda Pegorini, e VIEIRA, Tereza Rodriguez. **Homoafetividade: de sodoma ao STF**. In: VIEIRA, Tereza Rodriguez. *Minorias Sexuais Direitos e Preconceitos*. Brasília: Editora Consulex, 2012. p.154.

deixou de existir, pois não foi possível caracteriza-lo como doença, desvio psicológico ou perversão.¹²²

“Neste momento histórico em que a palavra de ordem é o direito à cidadania e a inclusão dos excluídos, muita evolução jurídica já se fez. Embora a cultura norte-americana tenha tentado provar que o homossexualismo seja uma doença, a psicanálise vem dizer que se trata apenas de uma preferência sexual.”¹²³

Desde 1982, a homossexualidade não é vista de forma alguma como doença, é simplesmente um orientação sexual natural, e os homossexuais são pessoas normais, que merecem os mesmos direitos como qualquer outra pessoa da sociedade. A homossexualidade é um modo de ser, e cada vez mais os sistemas jurídicos de inúmeros países vêm aceitando a união homoafetiva, e o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, assegurando ainda, todos os direitos à eles decorrentes.¹²⁴

“Caio Mário da Silva Pereira, em trabalho publicado sobre o assunto, registra que o aumento do homossexualismo, e os casos de homossexuais que vivem juntos, como se fossem casais, têm feito com que alguns sistemas jurídicos reformulem suas leis para acomodar tais situações. Desse modo, juntamente com a evolução dos costumes, o Parlamento Europeu pediu que os países da união Europeia permitam o casamento de homossexuais. Em harmonia com essa recomendação, exortou os países da União Europeia a abolirem a discriminação de homossexuais e deixarem de penaliza-los. Condenou em particular a Grã-Bretanha que, a pretexto de evitar o homossexualismo, vem promovendo restrições aos direitos dos cidadãos em várias áreas. Neste sentido, o Parlamento Britânico amenizou as limitações, reduzindo a idade consentida para relações homossexuais de 21 anos para 18 anos.”¹²⁵

No entanto, no Brasil, os relacionamentos homossexuais foram desprezados pela sociedade e consequentemente, ignorados pela legislação que para manter seus eleitores satisfeitos, não aprovaram projetos de leis que regulamentavam os interesses dessa minoria marginalizada. A Doutrina apenas aceitava o casamento entre heterossexuais, e os que eram celebrados entre pessoas do mesmo sexo, eram considerados ‘casamento inexistente’. Desamparados por lei, os homossexuais buscam então tutela jurídica no âmbito judiciário,

¹²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 34.

¹²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 34.

¹²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 34.

¹²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Del Rey, n.1, 1995, p.275 (In) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 32-33.

pois a carência de lei não é ausência de direito. Assim, as uniões homoafetivas – assim denominadas no judiciário – vão aos poucos, conquistando seus direitos no Poder Judiciário.¹²⁶

Em um segundo momento passam a entender a união dos homossexuais, não como organismo familiar, mas há uma pequena evolução na proteção destes núcleos de compartilhamento de vidas, surge o entendimento por analogia da sociedade de fato, tratado no subitem a seguir.¹²⁷

2.4.2 Uso por analogia da sociedade de fato

No final do Século XX, início do Século XXI, verifica-se descartada a hipótese de proteção ou reconhecimento das relações homossexuais no direito da família. A falta de legislação no assunto reflete uma sensação de ausência de proteção jurídica, e o judiciário mantém o entendimento majoritário de não reconhecimento dessas uniões como entes familiares.¹²⁸ Exemplos de decisões que não reconheceram a relação homossexual como núcleo familiar:

“Casamento. Pessoas do mesmo sexo. Ato inexistente. Imprescritibilidade. Com a implantação do divórcio no país, o casamento deixou de ser indissolúvel. Entretanto, não existe lei mudando o sentido da palavra casamento, aceitando como tal, e, produzindo efeitos sexuais. A realização de ato em tal conjuntura deve ser declarada inexistente e não nulo. Em se tratando de ato inexistente, os seus efeitos jamais ingressam na esfera jurídica. Não se sujeitam à prescrição e à decadência. Simplesmente não existem no reino das leis e do Direito. (Apelação Cível n.56.899, TJ-MG, Comarca de Montes Claros, Rel. Desembargador Paulo Tinôco. Julgado em 16/11/1982).”¹²⁹

“Direito civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Efeitos patrimoniais. Necessidade de comprovação do esforço comum. - Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no art.

¹²⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.209.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade**: o que diz a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.12.

¹²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade**: o que diz a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.12-13.

¹²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade Vista Pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.142.

1º da Lei n.º 9.278/96. - A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso em lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 773136/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 259)¹³⁰

Os exemplos são sucessivos do descaso, da indiferença, e da flagrante inconstitucionalidade perante o ser, enquanto humano, e dotado de direitos tanto quanto os demais. Nesse primeiro momento, as uniões homoafetivas e as situações que delas decorrem são tratadas apenas no âmbito do Direito das Obrigações, apartadas portanto, dos Tribunais que cuidam do Direito de Família. Mas, mesmo assim, a sociedade (civil ou jurídica) caminha para pequenas e constantes transformações em seus conceitos.¹³¹

“Por outro lado, além do evidente interesse no tema, tanto assim que há projeto tramitando no Congresso Nacional, com noticiário sempre presente na mídia e debates entre especialistas, é de **considerar-se que estamos vivendo momento extremamente fecundo no que diz respeito ao Direito de Família**, o que se dá em decorrência de mudanças que vêm da legislação – no Brasil tais mudanças se fazem inclusive no campo do Direito Constitucional, com alterações havidas no próprio texto constitucional, pela adoção dos princípios da igualdade jurídica dos filhos e dos cônjuges – mas também por evolução da própria ciência, a exemplo do que ocorre com o DNA, a fecundação in vitro, etc. e pelas mudanças comportamentais na sociedade contemporânea. **Essas considerações, Sr. Presidente, que estou a fazer, na realidade não tem maior pertinência, a meu sentir, no caso concreto, pois são próprias do Direito de Família, enquanto que a questão a decidir é de natureza patrimonial, vinculada ao Direito das Obrigações, tanto assim que não foi examinada, em segundo grau, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, competente para os processos de Direito de Família, mas no Tribunal de Alçada daquele Estado.** Outro aspecto a ser levado em consideração, a respeito, é que o objeto litigioso deduzido em juízo, por mais relevantes que sejam as considerações paralelas, diz com o direito obrigacional. **Com efeito, embora permeadas as colocações com aspectos de relacionamento afetivo e amoroso, de convivência humana, de busca de felicidade, as causas de pedir e os pedidos estão vinculados ao Direito Obrigacional.**”¹³² (sem grifo no original)

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial. **REsp 773136/RJ**. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 259. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2523234&sReg=200501316656&sData=20061113&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 set 2014.

¹³¹ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008. p.109.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial. **REsp. nº 148.897** MG/1997/0066124-5. Quarta Turma. Relator, ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 10 fev 1998. Disponível em:

A Constituição de 1988 foi fundamental no Direito de Família, e quebrou diversas barreiras, reconhecendo outras entidades familiares além do casamento. No entanto falhou ao reconhecer a união estável unicamente entre homem e mulher em seu artigo 226 §3º.¹³³

“Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou, de modo expreso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.”¹³⁴

Assim, a Constituição pecou em tal enunciado (art.226 §3º), no entanto o artigo é enunciativo e não taxativo, assim pode ser considerado como entidade familiar diversos tipos de famílias, além dos descritos neste capítulo, inclusive a união estável homoafetiva. Além disso, a constituição colocou em seu texto como cláusula pétrea a dignidade da pessoa humana bem como a liberdade. Garantindo tutela jurídica aos diversos tipos de família, inclusive a homossexual.¹³⁵

“A sexualidade integra a própria condição humana. É direito humano fundamental que acompanha a pessoa desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano se não estiver o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual”¹³⁶

“A homossexualidade é um fato social que desafia o ordenamento jurídico brasileiro, propondo-lhe questões controversas que somente serão respondidas após debates, discussões, reflexões pesquisas, mudanças de valores, e principalmente, a partir do respeito e do combate ao preconceito por parte da sociedade. Não há como negar a existência desta forma de entidade familiar, constituída por pares do mesmo sexo e baseada no afeto, na solidariedade e na mútua assistência.”¹³⁷

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19863781/recurso-especial-resp-148897-mg-1997-0066124-5>>;
<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/118/121>>. Acesso em: 30 maio 2014.

¹³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.45.

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.45.

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.45.

¹³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.184.

¹³⁷ GIMENEZ, Amanda Pegorini, e VIEIRA, Tereza Rodriguez. **Homoafetividade: de sodoma ao STF**. In: VIEIRA, Tereza Rodriguez. **Minorias Sexuais Direitos e Preconceitos**. Brasília: Editora Consulex, 2012. p.141.

Garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, o respeito a liberdade, igualdade, dignidade, e à vida particular, tem-se por consequência, o direito à orientação sexual, direito este personalíssimo, no entanto a sociedade desde cedo já estabelece uma identidade sexual com a intenção de que não se altere pra ter mais controle sobre as pessoas.¹³⁸

A doutrina e a jurisprudência tentam de todo modo preservar os padrões convencionais da instituição de família, utilizando assim a analogia da união homoafetiva como sociedade de fato, ainda não como unidade familiar. O reconhecimento da união homossexual apenas como sociedade de fato denegre o afeto homoafetivo transformando-o em sub-afeto, ferindo os princípios da igualdade e liberdade.¹³⁹

“RECURSO ESPECIAL. RELACIONAMENTO MANTIDO ENTRE HOMOSSEXUAIS. SOCIEDADE DE FATO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE. PARTILHA DE BENS. PROVA. ESFORÇO COMUM. Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 648.763/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2006, DJ 16/04/2007, p. 204)”¹⁴⁰

Percebe-se pela jurisprudência acima que o compartilhamento da vida em comum dos casais homossexuais não geravam qualquer vínculo familiar, por conta disso não atingiu de forma alguma o Direito de Família e foi tratado no âmbito do Direito das Obrigações, reduzindo-os a meros sócios, garantindo a eles apenas a divisão dos bens adquiridos à época em que coexistiram, de forma equivalente à sua participação. E devido à omissão da legislação quanto as relações homoafetivas, o Poder Judiciário tende a considerar essa união apenas como sociedade de fato.¹⁴¹

“Visualiza-se exclusivamente vínculo negocial, negando-se a relação afetiva que existe com as características de uma família. Procura-se mudar a origem do vínculo, que é um elo de afetividade e não de uma obrigação negocial de bens e serviços para o exercício de atividade econômica. Chamar as uniões

¹³⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.19.

¹³⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.184.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial. **REsp 648.763/RS**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400423377&dt_publicacao=16/04/2007>. Acesso em: 2.jun.2014.

¹⁴¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.194.

de pessoa de mesmo sexo de sociedade de fato, e não de união estável, leva à sua inserção no direito obrigacional, com consequente alijamento do manto protetivo do direito das famílias, o que, em consequência, enseja o afastamento de direitos sucessórios.”¹⁴²

A união entre pessoas do mesmo sexo quando tratada pelo direito obrigacional onde o parceiro é um sócio, utiliza a Súmula 380 do STF que dispõe sobre a partilha na sociedade de fato. O Casal homossexual deve então se prevenir para ter seus direitos patrimoniais ou sucessórios garantidos, tendo em vista que não será regido pelo direito de família. Assim, o casal homossexual deve pactuar um contrato identificando o que foi adquirido enquanto perdurou a ‘sociedade’, ou também pode ser feito um testamento para que seu parceiro não fique desamparado por seu direito ser tutelado no âmbito do direito das obrigações.¹⁴³

Decisões que reconhecem sociedade de fato nas relações homossexuais viola o princípio da igualdade e liberdade, ignorando portanto, o tratamento igualitário aos diferentes projetos de compartilhamento de vida existentes. Denigre o afeto homossexual, tratado como sub-afeto, baseados entendimento antiquado de que a diferença dos parceiros envolvidos, impõe, portanto, o necessário tratamento desigual, ignorando as características que perfazem o organismo família: publicidade, afeto e estabilidade.¹⁴⁴

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. **A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.** 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts.1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 502995/RN, Rel. Ministro FERNANDO

¹⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.185.

¹⁴³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.184.

¹⁴⁴ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo. LTr, 2008.p.108.

GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 16/05/2005, p. 353)¹⁴⁵ (sem grifo no original)

Após a constituição de 88 que trouxe em seu texto princípios fundamentais norteadores do direito, a doutrina e o judiciário evoluíram no pensamento e na norma quanto às uniões homossexuais. O primeiro julgado que entendeu que as uniões homossexuais podem ser tratadas no direito de família foi no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:¹⁴⁶

“RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAI FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAI HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)”¹⁴⁷

Assim, com o novo texto constitucional, que incluiu a dignidade da pessoa humana como direito fundamental brasileiro, modificou os entendimentos sedimentados da doutrina brasileira que foi evoluindo para o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Tal evolução atingiu também os plenários brasileiros, onde há decisões que demonstram a evolução da jurisprudência nacional caminhando para uma interpretação a entender a união de casais homossexuais como unidade familiar, exigindo a necessidade de enfrentamento do tema pela Corte constitucional. Exemplo disso é o despacho denegatório da ADI 3300 que não chegou a ir a plenário, mas que revela a evolução do tema.¹⁴⁸

“UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAI UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial. **REsp 502995/RN**, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 16/05/2005, p. 353. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1702250&sReg=200201745035&sData=20050516&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 01 set 2014.

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.160.

¹⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). **Agravado de Instrumento nº 599075496**, Oitava Câmara Cível, Relator: Breno Moreira Mussi. Rio Grande do Sul, 17 jun 1999. Disponível em: http://www3.tjrs.jus.br/versao_impressao/imprimirjurisprudencia.php. Acesso em: 02 jun 2014.

¹⁴⁸ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008.p.115.

NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF? [...] **Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, "*in abstracto*" - **considerado o quedisponha o art. 1.723 do Código Civil -, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.** Arquivem-se os presentes autos.”¹⁴⁹ (sem grifo no original)**

A sustentação da demanda é que a Constituição de 88 garante sob “os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica”, tendo a obrigação de reconhecer as uniões homossexuais como organismos familiares. E, inicialmente, não existindo legislação infraconstitucional para regulamentar o assunto, deveriam ser aplicadas de forma analógica, que tratam da união estável entre homem e mulher.¹⁵⁰

Ainda que haja avanço da interpretação principiológica, e paralelamente venha se construindo os direitos socialmente reconhecidos desta fração da sociedade, as decisões são tímidas, e não se leva em conta de forma persistente o sentimento como fundamento do organismo familiar. Mesmo diante do reconhecimento da entidade familiar quando se trata de relações homoafetivas, já se possibilita o exercício de direitos tipicamente

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. **ADI 3300 MC/DF**. Relator: ministro Celso de Mello. Brasília, 04 ago 2009. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/olavoaugustoferreira/2012/04/20/stf-impossibilidade-de-controle-de-constitucionalidade-de-normas-originarias/>>; <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135746/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-178-df-stf>>. Acesso em: 01 jun 2014.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 178**. Relator: ministro Gilmar Mendes. Brasília, 08 jul 2009. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135746/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-178-df-stf>>. Acesso em: 03 jun 2014.

relacionados à família, por exemplo, a adoção.¹⁵¹ Exemplo decisão da Apelação Civil do Tribunal do Rio Grande do Sul:

“Consideradas todas as razões de fato e de direito e apreciados todos os elementos constantes nos autos, é do entendimento deste juízo que as relações afetivas não são delimitadas pelas possibilidades das uniões de gêneros, mas sim pela inata condição humana de realizar a vida através do afeto e da construção da felicidade com respeito ao outro e a si mesmo. A reconquista da história da humanidade através da alteridade, um fundamento do princípio da preservação da espécie humana, é o objetivo da aplicação das leis para a proteção das famílias. As crianças são nossos bens mais preciosos e responsáveis pelo futuro da humanidade, tendo as leis, em todo o mundo, assim reconhecido. **No Brasil, a Carta Magna, em seu art. 227, responsabiliza a todos, família, sociedade e Estado, para a proteção integral com prioridade absoluta na atenção com as crianças. O art. 226 da mesma Carta dispõe ser a família a base da sociedade e ter a proteção especial do Estado, e em seu parágrafo 4º determina que também é entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Com isto, está refutada a idéia de que somente um homem e uma mulher, juntos, podem constituir uma entidade familiar.** Além do que a mesma Constituição Federal, em seu art. 3º, enumera entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, a requerente preenche todos os requisitos legais para almejar a pleiteada adoção, em especial os exigidos pelo art. 42, Lei no 8.069/90. Pelo exposto, considerando tudo o mais que dos autos consta, em consonância com o entendimento do Órgão Ministerial, JULGO PROCEDENTE a presente ação e DEFIRO à requerente, J. F. M., a ADOÇÃO [...]”¹⁵² (sem grifo no original)

A citada decisão tornou-se marco na história jurídica do país, a qual a concedeu a adoção sem se pautar em aspectos relacionados à orientação sexual para impedir o acesso a direitos. Outras decisões seguem-se no exemplo de possibilidades de reconhecimento das uniões homoafetivas pela Constituição e por consequência pelo mundo jurídico e sociedade, posto que é uma realidade da vida brasileira.¹⁵³

Resta claro que a família brasileira sofreu mudanças consideráveis, passou de uma entidade que se iniciava com o um negócio, para uma formação tendo como início o amor. Fica comprovado que existem inúmeras formações familiares, não apenas aquelas expostas no texto de lei, além das citadas neste capítulo. Ainda restam direitos a serem

¹⁵¹ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008.p.118

¹⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). **Apelação Cível Nº 70013801592**. ministro Luiz Felipe Brasil [relator] Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 5.4.2006. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19990430/apelacao-civil-ac-70038827432-rs/inteiro-teor-19990431> > Acesso em: 17.07.2014.

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.184.

garantidos, projetos de leis a serem aprovados, mas é vista que a jurisprudência vem caminhando no sentido do reconhecimento das relações homoafetivas também como organismo familiar, constitucionalmente assim reconhecidas e respeitadas em sua integridade, igualdade e liberdade natas.¹⁵⁴

¹⁵⁴ GIMENEZ, Amanda Pegorini, e VIEIRA, Tereza Rodriguez. **Homoafetividade: de sodoma ao STF**. In: VIEIRA, Tereza Rodriguez. **Minorias Sexuais Direitos e Preconceitos**. Brasília: Editora Consulex, 2012. p.141.

3 RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO UNIDADE FAMILIAR E A ADPF 132

Como visto nos capítulos anteriores, explicou-se a evolução do conceito de família no Brasil, as famílias previstas na Constituição de 1988, os diversos modelos de entidades familiares, inclusive a família homoafetiva, que em um primeiro momento foi considerada como sociedade de fato, sendo regida pelo Direito das Obrigações, e após evolução doutrinária e da própria sociedade, passou a ser tratada pelo Direito de Família nos Tribunais.

Será tratado neste capítulo do reconhecimento da união homoafetiva perante os tribunais brasileiros, a sociedade, a omissão do Poder Legislativo quanto ao assunto, transmitindo ao Poder Judiciário julgar por analogia tais assuntos, abrindo novos precedentes, sem legislação para “orientá-lo”.¹⁵⁵

3.1 Precedentes que sustentaram a necessidade de equiparação da união homossexual à união heterossexual

A falta de legislação quanto os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo levou ao entendimento por analogia, da sociedade de fato no Poder Judiciário, sendo assim, tratadas nas varas cíveis pelo direito das obrigações. No entanto, com a grande demanda envolvendo uniões homossexuais, não se pode negar direitos com fundamento na falta de lei. A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), prevê no artigo 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”¹⁵⁶.

Deste modo, caso não haja lei que preveja tal direito, o Juiz interpretará a demanda conforme conduta da sociedade, e os princípios norteadores de direitos, previstos na Constituição de 1988. As inúmeras demandas quanto ao reconhecimento da união homoafetiva, o reconhecimento dos seus direitos, A evolução da sociedade, levou o Judiciário a dar

¹⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade**: o que diz a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.12-13.

¹⁵⁶ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 18 set 2014.

legitimidade a tais uniões, gerando assim, precedentes jurídicos que ensejaram o reconhecimento da união estável homoafetiva.¹⁵⁷

“Necessita socorrer-se dos princípios constitucionais que impõem o respeito à dignidade e asseguram o direito à liberdade e à igualdade. O ordenamento jurídico estrutura-se em torno de certos valores, muitos dos quais estão postos em sede de princípios constitucionais, que também devem informar a interpretação da legislação específica numa leitura incorporada pelos reclamados da atualidade histórica. Também o art.5º da LINDB indica um caminho, um rumo para o juiz: ele deve atender aos fins sociais a que a lei dirige e às exigências do bem comum. A interpretação, por tanto, deve ser axiológica, progressista, na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às contingências e mutações sociais.”¹⁵⁸

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi vanguardista em reconhecer as uniões homoafetivas como entidade familiar, submetendo-as ao âmbito do Direito das Famílias. Em 17 de junho de 1999, foi julgado o Agravo de Instrumento nº 599075496 (já mencionado no capítulo anterior) onde teve a primeira decisão que definiu a competência do Direito das Famílias para julgar as uniões homossexuais, em uma decisão unânime na Oitava Câmara Cível de Porto Alegre,¹⁵⁹ veja trechos do voto do Relator Desembargador Breno Moreira Mussi:

“[...] A nossa Constituição está na esteira das legislações modernas, democráticas, em que sempre aparece uma proibição absoluta de discriminar em razão do sexo. Seu art.3º assim dispõe. [...] A orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta de vida comum, e desenvolver os seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. [...] Vejo a união estável como a relação em que as pessoas não estão preocupadas com o casamento. Pode ocorrer, inclusive, que justamente não querem é o matrimônio, sem que a relação deixe de ser uma união estável. O único elemento discrepante, dentro deste conceito, está na homossexualidade. Este é o caso concreto. [...] A matéria não recebe o andamento que merece, pelo seu conteúdo, pela discriminação. Aberta ou veladamente, a identidade do sexo transforma o afetivo numa relação civil ou comercial comum, como se fosse aluguel, compra e venda, participação societária, ou algo da mesma natureza. [...] Porém, o fato de uma hipótese, rigorosamente, não existir na lei, jamais levará ao ponto de fazer desaparecer o fenômeno social, como se a omissão legislativa fosse capaz de suprimir a homossexualidade. Quando não está na lei, o operador deve socorrer-se da analogia, para preencher a lacuna. [...] Creio que na entrada do terceiro milênio, não cabe mais fazer de conta que a homossexualidade não existe, nem deixar constar na Constituição uma quota vazia, de cunho meramente

¹⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.201.

¹⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.202.

¹⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.23.

formal, dizendo que é proibida a discriminação por sexo, mas, ao mesmo tempo, acatar que se continue discriminando, em tal matéria. É função do Direito acompanhar a evolução dos tempos, e, na ausência de leis que venham a dirimir as questões homossexuais apresentadas, sejam elas entre homens ou entre mulheres, formar, através de jurisprudência, uma regulamentação da matéria, de acordo com as normas gerais do ordenamento jurídico. [...] Como a Constituição Federal proíbe a discriminação pelo sexo, sou pelo exame da causa junto ao juízo especializado.”¹⁶⁰

Esse foi o primeiro julgamento favorável à união homoafetiva, abrindo precedente nos tribunais brasileiros, para que essas demandas deixassem o Direito das Obrigações e passassem a ser julgadas no âmbito do Direito das Famílias. Começa então a surgir uma nova fase jurídica para as relações homoafetivas, os entendimentos da jurisprudência passam a ser favoráveis quanto ao reconhecimento desses relacionamentos, passando a julgar em conformidade com a legislação da união estável, garantindo assim os direitos inerentes à família, como a sucessão, partilha de bens, entre outros.¹⁶¹

“Os argumentos que impõem o necessário reconhecimento pelo direito do afeto envolvido nas relações homossexuais partem da inter-relação entre os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade e, conseqüentemente, sobre a ideia de exercício das autonomias pública e privada no Estado Democrático de Direito. [...] A dignidade é fruto de uma igualdade abstrata o suficiente para permitir a inclusão da diferença, através da abertura do sujeito constitucional. Essa abertura propicia um livre exercício de estruturação de compartilhamento de projetos de vida, garantidos pelo exercício da autonomia privada, e no reconhecimento público desses projetos por meio da igual consideração, consubstanciado no exercício da autonomia pública.”¹⁶²

Os julgados que garantem direitos à união homossexual tomam por base os princípios fundamentais previstos na constituição: a isonomia, igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. O objetivo da Constituição Federal é o Estado Democrático de Direito, que garante às pessoas a liberdade e a não interferência no âmbito particular.¹⁶³ Os Primeiros Julgados que garantiram a possibilidade jurídica do pedido de uso por analogia da união estável à união homossexual:

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Oitava Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 599075496**. Relator: Desembargador Breno Moreira Mussi. Porto Alegre, 17 de junho de 1999. IN: DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.24-30.

¹⁶¹ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008. p.105.

¹⁶² MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008. p.105-107.

¹⁶³ DIAS, Maria Berenice. **A Constitucionalização Das Uniões Homoafetivas**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/43_a_constitucionaliza%E7%E3o_das_uni%E5es_homoafetivas.pdf>. Acesso em: 24 set 2014.

“HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. **É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na constituição federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto a união homossexual.** E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 598362655, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 01/03/2000)”¹⁶⁴ (sem grifo no original)

“UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. **Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade.** Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001)”¹⁶⁵ (sem grifo no original)

Os julgados favoráveis ao reconhecimento de direitos às relações homoafetivas foram inúmeros, formando assim, uma vasta jurisprudência que utilizando por analogia as regras da união estável, definiu a competência para processar e julgar tais demandas nas varas de

¹⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). **Apelação Cível Nº 598362655.** Oitava Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 01 março 2000. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=apela%E7%E3o+c%EDvel+598362655&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=OrgaoJulgador%3AOitava%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel&as_q=>. Acesso em: 20 set 2014.

¹⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). **Apelação Cível Nº 70001388982.** Sétima Câmara Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14 março 2001. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=uniao+homossexual+reconhecimento&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=OrgaoJulgador%3AS%25C3%25A9tima%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3AJos%25C3%25A9%2520Carlos%2520Teixeira%2520Giorgis&as_q=>. Acesso em: 20 set 2014.

família. No âmbito do direito previdenciário iniciou a mudança dos tribunais a respeito das relações homossexuais, com a instrução normativa do INSS nº 25 de 07 de junho de 2000, determinou que os requisitos para concessão de benefício previdenciário ao companheiro(a) homossexual, serão os mesmos da união estável heterossexual.¹⁶⁶

No entanto, parte da doutrina que ainda entendia que deveriam ser regidos no Direitos das Obrigações tratando tais uniões como mera sociedade de fato, utilizando a Súmula 380 do STF,¹⁶⁷ impedindo o enriquecimento ilícito, justificando que o artigo que trata da união estável (art.226, §3º da CF/88) dispõe que tal união é formada apenas entre homem e mulher, não devendo ser tais casos decididos à luz do Direitos de Família, mas sim do Direito Civil.¹⁶⁸

Exemplo disso é o julgamento do Recurso Especial nº 323370/RS julgado em 2004, onde o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela competência da vara cível para julgar conflitos referentes à relação homossexual, veja:

“COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 323.370/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2004, DJ 14/03/2005, p. 340)”¹⁶⁹

Muito embora a relutância de alguns tribunais e doutrinadores, é nítida a consolidação do entendimento jurisprudencial de diversos tribunais em diversos Estados, assegurando às uniões homoafetivas diversos direitos como o sucessório, trabalhista,

¹⁶⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de família: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.194.

¹⁶⁷ Súmula nº 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 24 set 2014.

¹⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.200.

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 323370/RS**. Ministro Barros Monteiro. Quarta Turma, 14 dez 2004. Diário da Justiça, 14 março 2005. p. 340. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200100568359&dt_publicacao=14/03/2005>. Acesso em: 24 set 2014.

previdenciário, entre outros. As decisões dos tribunais superiores que determinam a percepção das outras instâncias.¹⁷⁰

“PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. **A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.** Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta. (REsp 238.715/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 02/10/2006, p. 263)”¹⁷¹ (sem grifo no original)

“REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável,** de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE, REsp Eleitoral 24.564, Rel.Min Gilmar Mendes, j.01.10.2004)”¹⁷² (sem grifo no original)

Assim, comprovado a prevalência do entendimento jurisprudencial acerca do uso por analogia da união estável à união homoafetiva nas diversas áreas do direito, e com a omissão legislativa, o Superior Tribunal Federal deu um posicionamento quanto ao assunto, reconheceu a união homoafetiva como unidade familiar e a equiparou com a união estável. O próximo tópico irá relatar tal julgamento e seus efeitos.¹⁷³

¹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.206.

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial 238.715/RS**. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma, 07 março 2006. Diário da Justiça 02 out 2006. p. 263. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199901042828&dt_publicacao=02/10/2006>. Acesso em: 26 set 2014.

¹⁷² Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 24.564**. Relator Ministro Gilmar Mendes. 01 out 2004. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 26 set 2014.

¹⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.207.

3.2 Julgamento da ADPF 132/2008 e ADI 4.277/2009

Em 05 de maio de 2011 o STF julgou em conjunto duas ações declaratórias de inconstitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, de 2008, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, de 2009.¹⁷⁴

A ADPF 132/2008 do Rio de Janeiro foi ajuizada pelo governador Sérgio Cabral com a intenção de afrontar o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei 220/75), alegando que era inconstitucional ao dispor a impossibilidade de equiparação da união homossexual à união estável heterossexual. A ADI 4.277/2009 foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República, inicialmente como APF 178, para que fosse declarado o reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar, e a equiparação à união estável heterossexual. A ADPF 178 foi recebida como ADI pelo Ministro Relator Ayres Britto por ser o objeto principal a interpretação do art. 1.723 do Código Civil, segundo a Constituição.¹⁷⁵ Veja a ementa:

“1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. [...] 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. [...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS

¹⁷⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de família: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.202.

¹⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 202.

PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. [...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. [...] 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)”¹⁷⁶

O Relator do julgamento, Ministro Ayres Britto, em seu voto trouxe inicialmente a explicação do termo homoafetividade, expôs o objeto de impugnação da ação, o artigo 1723 do Código Civil e seus principais elementos, e por fim decidiu pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, veja parte do voto:

“[...] Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família. [...] Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. [...] No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. É como

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**, Relator Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, 05 maio 2011. DJe-198. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 26 set 2014.

voto.”¹⁷⁷

A decisão do Supremo foi unânime pela procedência de ambas ações, deste modo, a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar, com as mesmas regras da união estável heterossexual, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.¹⁷⁸

“A histórica decisão do STF de 2011, representa um marco decisivo no Brasil, sobretudo ao conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Além disso, no julgamento, o STF considerou a liberdade para dispor da própria sexualidade como direito da personalidade, emanada do princípio da dignidade da pessoa humana.”¹⁷⁹

O STF reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como uma nova entidade familiar, assim, aos casais homossexuais em união estável foi assegurado os mesmos direitos da união estável heterossexual, devendo o art. 226, §3º da Constituição, ser interpretado de forma analógica, deste modo, o art. 1.723 do Código Civil deverá ser interpretado conforme a Constituição Federal.¹⁸⁰

“O Supremo não exurpou de suas funções, não legislou. Simplesmente deu adequada interpretação à Constituição Federal quando tratou da família. Para selar de vez a inserção das uniões homoafetivas no sistema jurídico impositiva a elaboração de um Estatuto da Diversidade Sexual. De qualquer modo, até sua aprovação, ninguém mais pode deixar de atribuir direitos e impor deveres a quem encontrou em uma pessoa do mesmo sexo sua realização afetiva.”¹⁸¹

Os efeitos do julgamento do STF foram de suma importância para as relações homoafetivas que durante tantos anos foram menosprezadas pelo Estado, com a falta de legislação e pela inércia do judiciário. A decisão do STF foi extremamente necessária para

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**, Relator Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, 05 maio 2011. DJe-198. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 26 set 2014.

¹⁷⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de família: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 202.

¹⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.vol.V. p. 660.

¹⁸⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de família: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 202.

¹⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 207.

unificar o entendimento do Poder Judiciário, extinguindo de vez o indigno entendimento de que as relações homossexuais devem ser tratadas no juízo cível e não no juízo de família.¹⁸²

Os julgamentos posteriores à decisão do Supremo devem decidir no reconhecimento da união estável homoafetiva, se presentes os requisitos do artigo 1.723 do Código Civil. Ainda há relutância de alguns, com entendimento sedimentado não reconhecendo tais relações. No entanto, o julgamento do STF tem efeito vinculante e eficácia contra todos, impondo o seu cumprimento aos membros da Administração Pública e do Judiciário, assim decisões que denegarem o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, por não conhecer o julgamento do STF, deverá ser reformada, cabendo inclusive reclamação perante ao STF.¹⁸³

3.2.1 Reconhecimento do casamento homoafetivo?

O julgamento do STF unificou o entendimento dos tribunais quanto às uniões homoafetivas, que receberam os mesmos direitos e garantias das uniões estáveis heterossexuais, deste modo., o artigo 226 da Constituição que trata sobre a união estável dispõe em seu parágrafo 3º que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento**”.¹⁸⁴ Então, se o artigo em comento deve ser utilizado por analogia às uniões estáveis homoafetivas, fica claro que a conversão da união estável em casamento deve ser facilitada para as uniões estáveis homoafetivas de igual modo.¹⁸⁵

“Por tratar-se de decisão com efeito vinculante – isto é, nenhum juiz pode negar seu reconhecimento – os magistrados passaram a autorizar a conversão da união em casamento, mediante a prova da existência da união estável homoafetiva, por meio de um instrumento particular ou escritura pública. Assim, para casar, primeiro era necessária a elaboração de um documento comprobatório do relacionamento para depois ser buscada sua conversão em casamento, o que dependia de uma sentença judicial.”¹⁸⁶

¹⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 206.

¹⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 206.

¹⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Artigo 226. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set 2014.

¹⁸⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 204.

¹⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Casamento sem escala**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/casamento_sem_escala.pdf>. Acesso em: 28 set 2014.

Nesse sentido, não cabe alegar vedação implícita quanto ao casamento homossexual, e não há expressamente em nenhuma norma a proibição de casamento entre pessoas do mesmo sexo, assim, o que não é expressamente proibido pode ser admitido em direito. Os impedimentos do casamento estão taxativamente previstos no artigo 1.521 do Código Civil, que dispõe:¹⁸⁷

“Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”¹⁸⁸

Tendo em vista que o artigo acima não proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e que é vedada interpretação da norma que viole os princípios fundamentais da Constituição, e ainda, o julgamento com efeito vinculante do STF reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, e vedando qualquer distinção entre as uniões heterossexuais e homoafetivas, assim deve ser reconhecido, por inteligência, o casamento entre pessoas do mesmo sexo diretamente, sem necessidade de haver o reconhecimento da união estável antes.¹⁸⁹

O Superior Tribunal de Justiça entende da mesma forma, bastando os casais homoafetivos requererem a habilitação de casamento diretamente no cartório, sem comprovar primeiro a união estável. veja-se:

“DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. [...] 4. O pluralismo familiar

¹⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 220.

¹⁸⁸ BRASIL. **Lei n.10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 maio 2014.

¹⁸⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 22.

engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. [...]10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.”¹⁹⁰

No mesmo sentido, a Corregedoria-Geral da Justiça de Alagoas, editou o provimento nº 40, após a decisão do STF e o julgamento pelo STJ do Recurso Especial acima, aonde autoriza que “o processamento de pedido de casamento entre pessoas do mesmo sexo perante as Serventias Extrajudiciais.”¹⁹¹

“Assim, de simples proteção de união de família que tinham esses ‘casais’ com aplicação analógica da legislação da união estável, passaram a existir autonomamente como casados (casamento civil), enquadrada a união nas normas sobre esse casamento, no Código Civil. Com essas decisões judiciais ainda não vinculativas, cada interessado, para a defesa de seus direitos homoafetivos, tem que recorrer ao Poder Judiciário, alegando os precedentes existentes para que seus direitos sejam reconhecidos”¹⁹²

O entendimento majoritário dos tribunais é de reconhecimento do casamento homoafetivo, sem necessidade de primeiramente reconhecer união estável, havendo o pedido de habilitação do casamento cível diretamente no cartório. Ocorre que, as decisões acima não são válidas para todos, então caso haja a negação do cartório quanto ao casamento homoafetivo, deve-se ir ao judiciário, para este se manifestar e decidir sobre o caso específico.¹⁹³

Ocorre que existem órgãos da administração pública que para evitar uma maior demanda no judiciário e decisões distintas, regulamentam que deve ser acolhida a habilitação de casamento nos cartórios, como é o caso do provimento do poder judiciário de

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (STJ). **Recurso Especial 1183378/RS**. Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 25 out 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 24 set 2014.

¹⁹¹ ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. **Provimento nº 40, de 06 de dezembro de 2011**. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br/corregedoria/provimentos/fdecf43ea5a3804e37b479be1b6a01e5.pdf>>. Acesso em: 26 set 2014.

¹⁹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de família: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p.202-203.

¹⁹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de família: curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 204.

Alagoas mencionado em linhas anteriores. Recentemente o Conselho Nacional de Justiça editou uma resolução sobre o assunto, que se estende em todo o território nacional, será tratado no tópico a seguir.¹⁹⁴

3.3 Eficácia da Resolução 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça

Com as decisões do STF e do STJ ambas favoráveis às uniões homoafetivas, interpretando a norma segundo a constituição, sem preconceito, com fundamentos nos princípios fundamentais de direito, sem distinguir a união heterossexual à união homoafetiva, o Conselho Nacional de Justiça, em 14 de maio de 2013, pelo então presidente do STF Joaquim Barbosa, propôs a resolução nº 175, que determinava a todos os cartórios do território nacional que deferissem os pedidos de habilitação para casamento civil, ou conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Tal resolução foi aprovada por maioria de votos dos conselheiros.¹⁹⁵

“O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,
CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;
CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;
CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário
CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;
CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;
RESOLVE:
Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.
Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

¹⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Amor à vida** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/amor_%E0_vida.pdf>. Acesso em: 28 set 2014.

¹⁹⁵ BEZERRA, Elton. **PSC questiona resolução do CNJ sobre casamento gay**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/psc-stf-resolucao-cnj-casamento-homoafetivo>>. Acesso em: 28 set.2014.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. Ministro Joaquim Barbosa.”¹⁹⁶

Essa resolução foi criticada por muitos, em especial pelos religiosos, e o Partido Social Cristão impetrou mandado de segurança perante o STF, pedindo liminarmente a suspensão dos efeitos da resolução e alegando que o CNJ agiu com abuso de poder ao legislar, atributo do Congresso Nacional, pois tal resolução tem força de lei. O Mandado de segurança foi extinto por não ser procedimento cabível para o caso.¹⁹⁷

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARTIDO POLÍTICO COM REPRESENTAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL. LEGITIMIDADE “AD CAUSAM” RECONHECIDA. RESOLUÇÃO Nº 175 DO CNJ. VEDAÇÃO ÀS AUTORIDADES COMPETENTES DE HABILITAÇÃO, CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO CIVIL OU CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E IMPESSOALIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (SÚMULA Nº 266 DO STF). CONSTITUCIONALIDADE DO ATO IMPUGNADO. COMPETÊNCIA NORMATIVA DO CNJ RECONHECIDA NA ADC Nº 12, REL. MIN. AYRES BRITTO. POSSIBILIDADE DE O CNJ FORMULAR EX ANTE E IN ABSTRACTO JUÍZOS ACERCA DA VALIDADE DE DADA SITUAÇÃO FÁTICA. MANDADO DE SEGURANÇA EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. A legitimidade ad causam de Partido Político para a impetração do mandado de segurança coletivo, ex vi do art. 5º, LXX, alínea “a”, é satisfeita com representação em qualquer das Casas Legislativas, sob pena de frustrar a teleologia subjacente à norma Constitucional. 2. A Resolução nº 175 do CNJ, enquanto dotada de generalidade, abstração e impessoalidade, não se expõe ao controle jurisdicional pela via do mandado de segurança, nos termos da Súmula nº 266 do STF. 3. O Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADC nº 12, Rel. Min. Ayres Britto, reconheceu o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça, para inovar na ordem jurídica a partir de parâmetros erigidos constitucionalmente. 4. O Conselho Nacional de Justiça pode emitir juízos, ex ante e in abstracto, acerca da validade ou invalidade de determinada situação fática concreta. 5. Mandado de segurança extinto sem resolução de mérito. (MS 32077 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 28/05/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 31/05/2013 PUBLIC 03/06/2013)”¹⁹⁸

¹⁹⁶ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça (CNJ). **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>>. Acesso em: 28 set 2014.

¹⁹⁷ HAIDAR, Rodrigo. **Fux extingue processo que contesta casamento gay**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-28/luiz-fux-extingue-processo-psc-contesta-casamento-gay>>. Acesso em: 28 set 2014.

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança 32077**. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 28 maio 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28Mandado+de+Seguran%28a+PSC+resolu%28E%28o+175+cnj%28%28LUIZ+FUX%28%28ENORL%28E+OU+%28LUIZ+>>

O Conselho Nacional da Justiça foi criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, é um órgão administrativo auxiliar do Poder Judiciário, e hierarquicamente equiparado ao Supremo Tribunal Federal.¹⁹⁹ A competência do CNJ está exposta no parágrafo 4º do art.103-B da Constituição, confira-se:

“ Art. 103-B [...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; [...]"²⁰⁰

A resolução nº 175 do CNJ foi criada para tornar efetiva e unificar a decisão de efeito vinculante do STF em todo o país, tendo em vista já haver regulamentos em órgãos correccionais de diversos Estados no mesmo sentido, em determinar aos respectivos cartórios a realizarem a conversão das uniões homoafetivas em casamento. Como exemplo, a Portaria 02/2012 da Corregedoria Permanente dos Cartórios de Registro Civil de Santos/SP²⁰¹, Provimento nº 24/2012 da Corregedoria Geral de Justiça do Piauí²⁰², Provimento nº 80/2013 da Corregedoria Geral de Justiça do Mato Grosso do Sul.²⁰³

Resta claro que o CNJ não ultrapassou a sua competência e nem tão pouco legislou, ele simplesmente avançou junto com os tribunais, e regulamentou a eficácia das decisões proferidas pelo superiores tribunais, e com a constante omissão legislativa sobre o tema, foi necessária tal resolução para a aplicação correta da decisão proferida.²⁰⁴

[FUX%29%2ENPRO%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kbt2su2> . Acesso em: 28 set 2014.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2)

¹⁹⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de Dezembro De 2004**. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2> . Acesso em: 28 set 2014.

²⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constituicao/compilado.htm> . Acesso em: 28 set 2014.

²⁰¹ SÃO PAULO. Corregedoria Permanente dos Cartórios de Registro Civil de Santos. **Portaria 02/2012**. Disponível em: <<http://www.registrosantos.com.br/formulario/casamentohomoafetivo.pdf>> . Acesso em: 28 set 2014.

²⁰² PIAUI. Corregedoria Geral De Justiça Do Piaui. **Provimento nº 24/2012**. Disponível em <<http://www.abglt.org.br/docs/Piaui-Provimento24de2012.pdf>> . Acesso em: 28 set 2014.

²⁰³ MATO GROSSO DO SUL. Corregedoria Geral De Justiça Do Mato Grosso Do Sul. **Provimento nº 80/2013**. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao/108_088999b025e191847cbf2704df39654b.pdf> . Acesso em: 28 set 2014.

²⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Quer casar comigo?**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/quer_casar_comigo%281%29.pdf> . Acesso em: 28 set 2014.

3.4 Falta de iniciativa legislativa e os Projetos de Lei

A omissão legislativa é absurda frente a enorme evolução jurídica e doutrinária acerca das uniões homoafetivas nos últimos anos. O Poder Legislativo nunca se manifestou quanto ao assunto, nem tão pouco aprovou um dos inúmeros projetos de leis que estão esquecidos no Congresso Nacional, e a lista só aumenta.²⁰⁵

“Tal é o que ocorre com as relações afetivas de pessoas do mesmo sexo. É absolutamente preconceituoso o silêncio da lei. Na falta de previsão legislativa, a tendência da Justiça é reconhecer que inexistente direito a ser tutelado. Assim, acabam as uniões homoafetivas sendo condenadas à invisibilidade. Negam-se direitos como forma de punir posturas que se afastam do modelo familiar aceito pela sociedade.”²⁰⁶

Pode-se afirmar que a falta de garantias prevista em lei prejudicou a comunidade homossexual, que durante muitos anos foi marginalizada no poder judiciário, que não concedia direitos pelo fato de não haver lei que os definiam. A recusa do legislador em instituir leis para definir os direitos homossexuais é devido à vontade da maioria da sociedade, tendo em vista que se não agradar a massa, não terá seu voto garantido. Aumentando a discriminação dos homossexuais.²⁰⁷

“Como todos os segmentos alvo do preconceito e discriminação social, as relações homossexuais sujeitam-se à deficiência de normação jurídica, sendo deixadas as margens da sociedade e à mingua do direito. Por ser fato diferente dos estereótipos, que não se encaixa nos padrões, é tido como imoral ou amoral. Em virtude do preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do Direito. Mas imperativa sua inclusão no rol de direitos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo que se insere em todas as suas categorias, pois ao mesmo tempo é direito individual, social e difuso.”²⁰⁸

O conceito de família, foi durante muito tempo estagnado, a Constituição Federal de 1988, foi um marco para uma nova concepção de família, com novas formas de

²⁰⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.38.

²⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **A lei do silêncio**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/48 - a lei do sil%EAncio.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/48_-_a_lei_do_sil%EAncio.pdf)>. Acesso em: 28 set 2014.

²⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 198

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 199.

família diversa do casamento como a união estável, pluralizando o que se entendia por família, no entanto, mais uma vez o legislador foi omissivo quanto às relações homoafetivas.²⁰⁹

“Somente a conscientização da sociedade por meio de seus juízes poderá reverter posturas discriminatórias que levam a duvidar que se está vivendo em um Estado Democrático de Direito. O preconceito e a discriminação dificultam o processo integratório pela via legislativa. É demorada a aprovação de leis destinadas a segmentos com pouca expressão numérica e que são alvo de uma forte rejeição da maioria do eleitorado. A possibilidade de comprometer sua manutenção no poder intimida o legislador.”²¹⁰

Assim, com a falta de legislação resguardando os direitos homossexuais, cabe ao Poder Judiciário garantir a tutela de tais direitos, pois a ausência de lei não significa ausência de direito. Deste modo, aos poucos o judiciário foi concedendo direitos às relações homossexuais, tal evolução é evidenciada nos capítulos anteriores. Até os dias atuais, não há lei definindo os direitos das relações homossexuais, todos os direitos garantidos tal comunidade, decorreu de decisões judiciais, jurisprudência e doutrina. Toda essa evolução no presente tema não modificou a inércia do legislativo.²¹¹

Exemplos de Projetos de lei que estão há anos em trâmite no Congresso Nacional não falta, como por exemplo o PL 70/1995 que “dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências.”²¹², o PL 3099/2000 que “dispõe sobre a obrigatoriedade de disciplina ‘Orientação Sexual’, nos currículos de 5ª e 6ª séries do ensino fundamental das escolas públicas e privadas.”²¹³, o PL 287/2003 que “Dispõe sobre o crime de rejeição de doadores de sangue resultante de preconceito por orientação sexual”.²¹⁴

²⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 200.

²¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **A Voz do Silêncio**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/23_-_a_voz_do_sil%EAncio.pdf>. Acesso em: 28 set 2014.

²¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 196.

²¹² BRASIL. **Projeto de Lei nº 70 de 23 de março de 1995**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>>. Acesso em: 30 set. 2014.

²¹³ BRASIL. **Projeto de Lei nº 3099 de 12 de fevereiro de 2000**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19101>>. Acesso em: 30 set 2014.

²¹⁴ BRASIL. **Projeto de Lei nº 287 de 15 de fevereiro de 2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105927>>. Acesso em: 30 set 2014.

3.4.1 Projeto de Lei nº 1.151, de 1995

O primeiro Projeto de Lei de autoria da então deputada Marta Suplicy, foi um marco para a comunidade homossexual, que disciplinava sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo, vedando a discriminação devido à orientação sexual. Foi criada uma comissão específica para julgar tal projeto, que foi deferido seu processamento ao plenário, no entanto, em 2001 foi retirado da pauta. Veja parte do projeto.²¹⁵

“Art. 1º- É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais assegurados nesta Lei..”²¹⁶

Esse projeto previa o dever dos cartório públicos em registrar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, a parte patrimonial desta relação. Ocorre que, não tem previsão do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, não dispondo assim, sobre aspectos gerais e garantias fundamentais para a união homoafetiva, não reconhece tal união como família.²¹⁷

“A partir dessa visão, se constata que o Projeto de Lei 1.151/95 não é suficiente para permitir acesso dos homossexuais à possibilidade de reconhecimento pelo Direito de suas relações afetivas e o consequente sentimento de auto-respeito por isso gerado. O projeto nega aos homossexuais a proteção de suas relações enquanto relações afetivas, delimitando-se apenas como relações econômicas, contratuais, restando assim rotuladas com um status inferior quando consideradas perante os relacionamentos heterossexuais.”²¹⁸

Vale lembrar que o projeto em questão, foi disciplinado no final do Século XX, em um época onde os casais homossexuais eram vistos pela doutrina e pela jurisprudência como sociedade de fato, e eram regidas pelo Direito das Obrigações, e não pelo direito de família. O projeto foi importante para ser dado mais um passo no tocante aos direitos homoafetivos, um projeto voltado para o direito patrimonial, mas se tivesse sido aprovado, não

²¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.38.

²¹⁶ SUPLICY, Marta. **Projeto de Lei nº 1.151 de 26 de outubro de 1995**. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/projeto_lei/19.%20PL%20-%201151%2C1995%20.pdf>. Acesso em: 28 set 2014.

²¹⁷ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008. p. 80.

²¹⁸ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008. p. 88.

haveria que se falar em impossibilidade de sucessão do par homoafetivo devido a enriquecimento ilícito.²¹⁹

3.4.2 Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual

A Presidência da República em junho de 2008 pelas Resoluções nº 56 e nº 60, com a intenção de criar um Estatuto de Cidadania, convocou a Conferência Nacional de Gays Lésbicas Bissexuais e Transexuais e Transgêneros – GLBTT – para elaborar tal estatuto, e o Conselho Federal da Ordem de Advogado do Brasil se incumbiu de elaborar um projeto de lei para garantir os direitos já reconhecidos pelo judiciário e assegurar muitos outros. Foram criadas mais de 60 Comissões da Diversidade Sexual juntos às Seccionais da OAB.²²⁰

“Não é por outra razão que o Estatuto da Diversidade Sexual elenca princípios, normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, que consagram uma série de prerrogativas e direitos a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais. Ninguém duvida que exista um direito subjetivo à livre orientação sexual e à identidade de gênero. Via de consequência, há o dever jurídico de esse direito ser reconhecido e respeitado. No entanto, por se tratar de segmento alvo de perseguição religiosa e preconceito social, está sujeito à marginalização e à exclusão. E, como todos os segmentos sociais vulneráveis, merece regras protetivas diferenciadas. Sabendo-se que é dever do Estado e da sociedade garantir a todos o pleno exercício da cidadania, da igualdade de oportunidades e do direito à participação na comunidade, o Estatuto da Diversidade Sexual impõe normas afirmativas, de inclusão.”²²¹

O Estatuto da Diversidade Sexual, resguarda a comunidade homossexual de qualquer tipo de preconceito, determina normas para os diversos âmbitos do Direito, por exemplo, garante às uniões homoafetivas os mesmos direitos assegurados às uniões heterossexuais, prevê sobre a reprodução assistida, a cirurgia de mudança de sexo, vedação de discriminação pela orientação sexual podendo cometer o crime de homofobia. Assim, o

²¹⁹ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008. p. 90.

²²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Estatuto da Diversidade Sexual: a promessa de um Brasil sem preconceito**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/estatuto_da_diversidade_sexual_-_marta_e_berenice.pdf. Acesso em 30 set 2014.

²²¹ DIAS, Maria Berenice. **Estatuto da Diversidade Sexual: a promessa de um Brasil sem preconceito**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/estatuto_da_diversidade_sexual_-_marta_e_berenice.pdf. Acesso em 30 set 2014.

Estatuto dá a devida proteção à essa comunidade que durante séculos foi segregada pelo Estado.²²²

“Em 23 de agosto de 2011, o Anteprojeto foi formalmente entregue ao Presidente do Conselho Federal da OAB, o mais arrojado projeto legislativo deste século, quer pela sua abrangência, quer pelo seu significado e alcance e recebeu parecer favorável do Relator, Conselheiro Carlos Roberto Siqueira Castro. Em face da enorme repercussão alcançada pela Lei da Ficha Limpa, por ter sido encaminhada por iniciativa popular, as Comissões da Diversidade Sexual do país desencadearam o movimento para angariar adesões para que o Estatuto fosse levado à Câmara Federal referendado pela assinatura de cerca de um milhão e meio de cidadãos. Certamente é a forma de driblar a postura omissiva dos legisladores que, por medo de comprometer sua reeleição ou serem rotulados de homossexuais, até hoje se negaram a aprovar de qualquer projeto de lei que vise criminalizar a homofobia ou garantir direitos às uniões homo afetivas. Ao menos não poderão alegar que a iniciativa desatende ao desejo do povo. Apresentar o projeto por iniciativa popular é a forma de a sociedade reivindicar tratamento igualitário a todos os cidadãos, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.”²²³

O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual é por iniciativa popular, para que não se torne mais uma lei em trâmite eterno no Congresso Nacional. Ainda está na fase de arrecadação de assinaturas, é a primeira lei para garantir direitos aos homossexuais que é por iniciativa popular, um movimento que auxilia também na comunicação entre a comunidade homossexual e o restante da sociedade. Em 2011 foi apresentado ainda duas Propostas de Emenda à Constituição, a PEC 110 e a PEC 111 ambos de autoria da Senadora Marta Suplicy.²²⁴

A PEC 110 tem o objetivo de alterar o art. 7º, incisos XVIII e XIX da Constituição, para eliminar a chamada licença-maternidade, e substituir pela licença-natalidade que será válida para qualquer dos pais por 180 dias, a licença paternidade garantida a ambos os

²²² DIAS, Maria Berenice. **Estatuto da Diversidade Sexual: a promessa de um Brasil sem preconceito**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/estatuto_da_diversidade_sexual_-_marta_e_berenice.pdf>. Acesso em 30 set 2014.

²²³ DIAS, Maria Berenice. **Estatuto da Diversidade Sexual – uma lei por iniciativa popular**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/estatuto_da_diversidade_sexual_-_uma_lei_por_iniciativa_popular.pdf>. Acesso em: 30 set 2014.

²²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Estatuto da Diversidade Sexual – uma lei por iniciativa popular**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/estatuto_da_diversidade_sexual_-_uma_lei_por_iniciativa_popular.pdf>. Acesso em: 30 set 2014.

país durante 15 dias após o nascimento ou adoção, e ainda, a vedação de discriminação no emprego devido a orientação sexual do empregado.²²⁵

Já a PEC 111, tem por objetivo uma nova redação ao inciso IV do art. 3º da Constituição, que consta na redação atual “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”²²⁶, para que passe a constar como direitos fundamentais a “a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, **identidade de gênero, orientação sexual**, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.²²⁷

Fica clara a evolução jurídica, doutrinária e da própria sociedade em relação à população homossexual. O Conselho Federal da OAB ao tomar iniciativa para participar da elaboração do Estatuto da Diversidade Sexual foi de extrema importância para consolidar normas garantindo os direitos à comunidade LGBT. O fato de o projeto ser por iniciativa popular, influencia a decisão da Casa Legislativa, por ter mais força e evitar sua não aprovação. Espera-se que com toda evolução em cerca de 20 anos, o legislativo evolua também deixe de ser omissivo quanto aos homossexuais.²²⁸

No entanto, ainda falta muito a percorrer, mesmo com a decisão do STF garantindo os mesmos direitos da união estável aos casais homossexuais, a maior parte da sociedade ainda discrimina e marginaliza essa população minoritária, para isso é preciso que o Poder Legislativo garanta os direitos inerentes aos homossexuais, para que estes não sejam mais vítimas de discriminação, e para que a própria sociedade modifique e evolua no modo de pensar.

²²⁵ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 110 de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103135>. Acesso em: 30 set 2014.

²²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abril 2014.

²²⁷ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 111 de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103136>. Acesso em: 30 set 2014.

²²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 198.

CONCLUSÃO

A evolução acerca dos direitos homossexuais no Brasil foi lenta, inicialmente eles foram segregados da sociedade que os criminalizaram e chegaram ainda a tratar como uma epidemia o homossexualismo, para depois compreenderem que a homossexualidade é simplesmente um modo de ser do ser humano. Nesta fase inicial, os homossexuais não tinham qualquer proteção do Estado, mesmo sendo um país laico, a Igreja continuou intervindo no Estado, e a doutrina dogmática continuou marginalizando essa fração da sociedade ao entender que a estes não era garantido nenhum direito.

Assim, os casais homossexuais, buscando o reconhecimento de seus direitos que não eram previstos na legislação, recorreram ao Poder Judiciário, que inicialmente, com o entendimento sedimentado da doutrina, reconheceram tais relações como sociedade de fato, aonde os casais eram vistos como meros parceiros de uma sociedade, assim, tais demandas eram tratadas no Direito Civil, pelo âmbito do Direito das Obrigações.

Deste modo, os casais homossexuais não eram reconhecidos como entidade familiar, e tão pouco eram tratados pelo Direito de Família, tendo em vista que o casamento entre homem e mulher era a única forma de família reconhecida pela legislação. Com a Constituição Federal de 1988 o conceito de família foi ampliado ao entender como família além da advinda pelo casamento, a união estável, e a monoparental. Assim, a evolução da legislação foi de suma importância para modificar a doutrina, e evolução dos conceitos imutáveis por décadas.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi pioneiro em suas decisões favoráveis aos homossexuais. Foi o primeiro a decidir pela competência da Vara de Família para julgar tais demandas, ao entender que a existência de vínculo afetivo nas relações homoafetivas bastava para serem reconhecidas como entidade familiar.

Assim, aos poucos os homossexuais vão ganhando precedentes jurídicos, que garantem seus direitos e influenciam para assegurar outros direitos. Ocorre que, mesmo com a jurisprudência reconhecendo aos casais homossexuais seus direitos, em outros tribunais o entendimento majoritário ainda era antigo e discriminatório, e continuavam tratando as relações homossexuais como sociedade de fato. Era necessário que o entendimento

majoritário dos tribunais fosse homogêneo para todo o território brasileiro, para acabar com essa divergência entre os tribunais.

Em 2011 o Superior Tribunal Federal se manifestou quanto aos direitos dos casais homoafetivos, e ao julgar a ADI 4.277 e ADPF 132, substanciados pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, enfim reconheceu as relações entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, garantindo a tais relações os mesmo direitos das uniões estáveis. Foi de extrema importância a manifestação do STF, para acabar com o entendimento arcaico que prevalecia em alguns tribunais.

A Resolução 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça foi de extrema necessidade, para que a decisão de efeito vinculante do STF fosse respeitada e efetivada nos diversos tribunais estaduais. E ainda com a decisão do STJ quanto ao reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, tornou garantido o direito dos casais homossexuais a se casarem civilmente, sem necessidade de primeiro ser homologada a união estável, para depois ser reconhecido perante o juiz o casamento.

Constata-se que a evolução doutrinária e jurídica para reconhecimento da união homoafetiva como unidade familiar deu um impulso para maior segurança jurídica aos homossexuais, no ganho das causas citadas. Este impulso dá ânimo para que essa parcela significativa da sociedade, possa vislumbrar outros pedidos nos tribunais, não mais se sentindo infringidos em seus direitos, e portanto, assegurados em outros mais.

Mesmo após toda a evolução jurídica e doutrinária demonstrada quanto à população LGBT, o Poder Legislativo continua omissa, não julgando nenhum dos inúmeros projetos de lei e projetos de emenda à constituição que garante direitos aos homossexuais. O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, pretende mudar essa omissão discriminatória do legislativo, para garantir os direitos inerentes aos homossexuais. Tal estatuto foi criado pela Comissão da Diversidade Sexual da OAB, para garantir todos os direitos aos homossexuais.

Mesmo com todo esse avanço, ainda falta um grande caminho a ser percorrido pelos homossexuais, a sociedade não aceita essa minoria, no entanto, com a promulgação de leis garantindo direitos inerentes aos homossexuais, seria um avanço para modificar a sociedade, que perderia o argumento de que tais “arranjos” são ilegítimos.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. **Provimento nº 40, de 06 de dezembro de 2011.** Disponível em:

<<http://www.tjal.jus.br/corregedoria/provimentos/fdecf43ea5a3804e37b479be1b6a01e5.pdf>>.

Acesso em: 26 set 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família:** curso de direito civil. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm >. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Brasília, 1967.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>.

Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abril 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 18 set 2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.1**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 45**, de 30 de Dezembro De 2004. Brasília, 2004.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2 >. Acesso em: 28 set 2014.

BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 17 maio 2014.

BRASIL. **Lei n.6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 17 maio 2014.

BRASIL. **Lei n.8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 27 maio 2014.

BRASIL. **Lei n.8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. **Lei n.9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 24.mai.2014.

BRASIL. **Lei n. 9.278**, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. **Lei n.10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 maio 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 70** de 23 de março de 1995. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3099** de 12 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19101>>. Acesso em: 30 set 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 287** de 15 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105927>>. Acesso em: 30 set 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.151 de 26 de outubro de 1995**. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/projeto_lei/19.%20PL%20-%201151%2C1995%20.pdf>. Acesso em: 28 set 2014.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 110** de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103135>. Acesso em: 30 set 2014.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 111** de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103136>. Acesso em: 30 set 2014.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça (CNJ). **Resolução nº 175**, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>>. Acesso em: 28 set 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial 238.715/RS**. Terceira Turma. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 07 março 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199901042828&dt_publicacao=02/10/2006>. Acesso em: 26 set 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 323370/RS**. Ministro Barros Monteiro. Quarta Turma, 14 dez 2004. Diário da Justiça, 14 março 2005. p. 340. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200100568359&dt_publicacao=14/03/2005>. Acesso em: 24 set 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial. **REsp 502995/RN**. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 26 abril 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1702250&sReg=200201745035&sData=20050516&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 set 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial. **Resp nº 910.094/SC**. 4ª Turma. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 04 nov 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20120904&livre=%28%28%22RAUL+ARA%DAJO%22%29.min.%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&processo=910094&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 mai 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial. **REsp. n.148.897** MG/1997/0066124-5. Quarta Turma. Relator, ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 10 fev 1998. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19863781/recurso-especial-resp-148897-mg-1997-0066124-5>>; <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/118/121>>. Acesso em: 30 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial. **REsp 773136/RJ**. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 10 out 2006, DJ 13/11/2006, p. 259. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2523234&sReg=200501316656&sData=20061113&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 set 2014.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (STJ). **Recurso Especial 1183378/RS**. Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 out 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 24 set 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Agravo em Recurso Especial 665333**, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Brasília, 20 março 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000186549&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Tribunal Pleno Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, 05 maio 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 26 set 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STF). Recurso Especial. **REsp n.648.763/RS**.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400423377&dt_publicacao=16/04/2007>. Acesso em: 2 jun 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. **ADI 3300 MC/DF**. Relator: ministro Celso de Mello. Brasília, 04 ago 2009. Disponível em:

<<http://atualidadesdodireito.com.br/olavoaugustoferreira/2012/04/20/stf-impossibilidade-de-controle-de-constitucionalidade-de-normas-originais/>>;

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135746/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-178-df-stf>>. Acesso em: 01 jun 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental. **ADPF 178**. Relator: ministro Gilmar Mendes. Brasília, 08 jul 2009. Disponível

em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135746/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-178-df-stf>>. Acesso em: 03 jun 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança 32077**. Relator: Min.

Luiz Fux. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Mandado+de+Seguran%27a+PSC+resolu%27%E3o+175+cnj%29%28LUIZ+FUX%29%2ENORL%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2ENPRO%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kbt2su2>>.

Acesso em: 28 set 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Súmula nº 380**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 24 set 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 24.564**. Relator:

Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 01 out 2004. Disponível em:

<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 26 set 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Amor à vida**. Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/amor_%E0_vida.pdf>. Acesso em: 28 set 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A Constitucionalização Das Uniões Homoafetivas**. Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/43_a_constitucionaliza%E7%E3o_das_uni%E5es_homoafetivas.pdf>. Acesso em: 24 set 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A lei do silêncio**. Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/48_-_a_lei_do_sil%EAncio.pdf>. Acesso em: 28 set 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A Voz do Silêncio**. Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/23_-_a_voz_do_sil%EAncio.pdf>. Acesso em: 28 set 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Casamento sem escala**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/casamento_sem_escala.pdf>. Acesso em: 28 set 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Estatuto da Diversidade Sexual: a promessa de um Brasil sem preconceito**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/estatuto_da_diversidade_sexual_marta_e_berenice.pdf>. Acesso em 30 set 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Família pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_fam%EDlia_pluriparental%2C_uma_nova_realidade.pdf>. Acesso em: 27 maio 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Quer casar comigo?**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/quer_casar_comigo%281%29.pdf>. Acesso em: 28 set 2014.

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.38.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniãos Homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

GIMENEZ, Amanda Pegorini. **Homoafetividade: de sodomia ao STF**. In: VIEIRA, Tereza Rodriguez (Org.). **Minorias Sexuais Direitos e Preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, n.12. jan./fev. 2002.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, no 33, 1.7.1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 28 abril 2014.

MATO GROSSO DO SUL. Corregedoria Geral De Justiça Do Mato Grosso Do Sul. **Provimento nº 80/2013**. Disponível em:

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao/108_088999b025e191847cbf2704df39654b.pdf>. Acesso em: 28 set 2014.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A constitucionalidade do casamento homossexual**. São Paulo: LTr, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v.5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.vol.V.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica.4.ed.Rio de Janeiro: Forense,2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade Vista Pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PIAUI. Corregedoria Geral De Justiça Do Piauí. **Provimento nº 24/2012**. Disponível em <<http://www.abglt.org.br/docs/Piaui-Provimento24de2012.pdf>>. Acesso em: 28 set 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito de família**. [Atual. Vilson Rodrigues Alves]. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). **Apelação Cível Nº 70013801592**. Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil. 5 abril 2006. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19990430/apelacao-civel-ac-70038827432-rs/inteiro-teor-19990431> > Acesso em: 17.07.2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). **Apelação Cível Nº 598362655**. Oitava Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. 01 março 2000. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=apela%E7%E3o+c%EDvel+598362655&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=OrgaoJulgador%3AOitava%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel&as_q=>. Acesso em: 20 set 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS). **Apelação Cível nº 70059170282**. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 07 maio 2014. Disponível em:

<http://www3.tjrs.jus.br/versao_impressao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em: 30 maio 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). **Apelação Cível Nº 70001388982**. Sétima Câmara Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. 14 março 2001. Disponível em:

<<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=uniao+homossexual+reconhecimento&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do>>

%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=OrgaoJulgador%3AS%25C3%25A9tima%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3AJos%25C3%25A9%2520Carlos%2520Teixeira%2520Giorgis&as_q= >. Acesso em: 20 set 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. **Recurso Especial n. 889.852 - RS (2006/0209137-4)**, 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>>. Acesso em 03 jun 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). **Agravo de Instrumento nº 599075496**, Oitava Câmara Cível, Relator: Breno Moreira Mussi. Rio Grande do Sul, 17 jun 1999. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impressao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em: 02 jun 2014.

SÃO PAULO. Corregedoria Permanente dos Cartórios de Registro Civil de Santos. **Portaria 02/2012**. Disponível em: <<http://www.registrosantos.com.br/formulario/casamentohomoafetivo.pdf>>. Acesso em: 28 set 2014.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Monoparentalidade e biodireito**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.